TRATTATO DELLE NULLITÀ, DELLE CONVENZIONI E DEGLI ATTI IN...



AVVERTIMENTO

Citandosi un articolo senza alcun' altro indicazione, s' intende ch' esso appartiene al Codice civile, ossia alla prima parte del nostro Codice.

Le citazioni degli articoli sono fatte con due numeri, distinti da una lineetta: il primo di essi corrisponde alle Leggi francesi, il secondo alle Leggi del Regno delle due Sicilie.

Le note son tutte del traduttore, a meno che non si dichiari di appartenere all' autore; nel qual caso si noterà in parentesi.

INTRODUZIONE

L'esecuzione delle leggi è una dello condizioni più essenziali alla stabilità degli umani consorzii; nulla sarebbe più contrario all' ordine pubblico e alla pace delle famiglie, quanto la facilità che fosse lasciata ai cittadini di esimersi dall' adempimento de' doveri che lor sono imposti come condizione della libertà e de' dritti che godono.

Convinti di questa verità, tutti i legislatori si sono adoperati di dare alla legge quell' attiva autorità, quella forza impononte, senza di cui egli è evidente che le suo disposizioni si ridurrebbero a vani precetti, a inutili consigli.

Nelle materie penali, l' esecuziona delle leggi è stata per quanto è possibile assicurata per mezzo di pene corporali o infamanti (1); e queste sono oggetto di un codice particolare, lo cui disposizioni sono straniere al soggetto che noi abbiam voluto trattare.

In materia civile questa stessa esecuzione trovasi assicurata, o dalla certezza de' vantaggi che il legislatore avea fatto inerenti all' osservanza della legge, o dalla privazione dei diritti ch' eransi voluti acquistare o conservare col non seguire la volontà del legislatore: o quel che torna lo stesso, questa esecuziono è assicurata dall' annullamento degli atti o della convenzioni illegalmente consentiti

Un tale annullamento è la più efficace guarentigia dell' esecuzione delle leggi; esso ci tocca ne' nostri interessi, che come ognun sa sono per lo più il motore delle nostre azioni; esso ci minaccia ne' risultamenti della nostra disobbedienza; esso ci dice: Perchè violare la leggo quando non ne doveta trarre alcun profitto? . . .

La minaccia di annullare gli atti e le convenzioni illecite forma dunque la sanzione dello leggi che regolano la forma di tali atti e le condizioni essenziali a tai convenzioni; o la nullità che rende effettiva cotesta minaccia, fa in certo modo parte di quella legge ch' essa ha per oggetto di far rispettare.

(1) Le pene tra noi non danno legalmente infamia. L'abolizione della infamia è uno de' grandi miglioramenti che ha ricevuto la nostra legislazione penale.

Quindi noi vedremo che esiste un' intima relazione fra le nullità e le disposizioni alla cui inosservanza essa sono ingiunte, e che la natura di una nullità, l'importanza dei suoi effetti, il dritto di proporla, ec. ec. dipendono interamente dalla disposizione che è stata negletta. Così noi vedremo che la violazione di una legge generale o di ordine pubblico, produce una nullità di ordine pubblico, assoluta, irreparabile, mentre che la violazione di una legge il cui oggetto è unicamente di regolare i dritti de' cittadini fra loro, non produce che una nullità di dritto privato, gli effetti della quale son ben meno gravi e possono facilmente essere riparati; vedrem così del pari l'inosservanza di una legge sulla procedura produrre una *nullità di forma*, mentre che il contravvenire alla leggi che regolano le convenzioni de' cittadini fra loro, che assicurano le loro garanzie ne' contratti, ec. produce una *nullità di essenza*.

Questa osservazione ci è stata utilissima per classificare le nullità, per determinarne le condizioni, l'importanza, gli effetti; essa ci ha servito soprattutto per fare una distinzione che nella pratica non deesi giammai perder di vista, vale a dire la differenza che v' ha tra la nullità della convenzione e la nullità dell' atto ch' è destinato a provarla.

A questa prima osservazione, fertile di conseguenze, noi abbiam collegate due idee che ci son paruto fondamentali; e delle quali la nostra opera in certe modo non è che lo sviluppamento e la giustificazione.

La prima è che le nullità sono, per quella delle parti nel cui interesso sono state stabilite, un rimedio di dritto, *remedium juris*, il cui oggetto è di impedire che cotesta parte abbia a soffrire per la contravvenzione. La legge le dà l' azione per nullità onde impedire il male se non è ancor fatto, o per ripararlo se di già quella parte ha avuto a soffrirne. (Vantius, *De nullitatibus*.)

La seconda si è, che la nullità, relativamente a colui che ha violato la legge, è la punizione della sua disubbidienza. Ell' è veramente una pena, che consiste nella privazione de' diritti o de' vantaggi che l' atto avrebbe conferiti se fosse stato conforme alla legge, o che toglie tutti i profitti che son risultati dall' atto per rimettere le parti nello stato in cui erano quando fu fatto l' atto illegale. *Restitutio ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat.*

Egli è in queste due idee essenziali che noi abbiam creduto ritrovare tutta la teoria delle nullità; ed egli è nella

combinazione delle conseguenze che ne risultano che abbiamo attinto la più parte delle regole sparse per entro quest' opera.

Così, considerando le nullità come un rimedio di dritto, abbiamo riconosciuto e provato che i giudici non debbano mai ammetterne delle inutili, e che non vi siano nullità senza gravame.

Per la stessa ragione abbiamo pensato che in generale il rimedio debba appartenere a tutti quelli che avessero sofferto o potessero aver a soffrire, o che nel silenzio della legge non vi sia ragione per rifiutare a un individuo anzichè a un altro il dritto di proporre una nullità. Noi abbiamo considerato, che tutti i cittadini essendo eguali innanzi alla legge, la giustizia esiga ch' essi abbiano gli stessi dritti: *Prima enim pars aequitatis est aequalitas.* (Seneca, epist. 30.)

Abbiam dovuto ancor sostenere che il male non potendo esistere che in quanto la legge fosse stata violata, faccia mestieri che la violazione sia stata manifesta, intera, che la volontà del legislatore sia stata totalmente negletta. Quando così non sia, non può il giudice aver il dritto di amministrare il rimedio, di pronunziare la nullità. Quindi abbiamo ragionato in questo senso, ch' egli sia giusto o ragionevole di ammettere in molti casi gli equipollenti, le induzioni, e di essere indulgenti ogni qual volta la volontà del legislatore sia stata osservata, benchè in modo indiretto o implicito.

Dall' altra parte, convinti dell' idea che le nullità siano una pena, noi abbiamo diminuito il numero per quanto era possibile, ed abbiamo ragionato in questo senso che in generale *le nullità sono odiose.*

Questo adagio non pertanto ci è parso troppo mancare di generalità. Ben è vero che le nullità sono odiose; ma solo quando trattasi di una nullità di pura forma. In fatti, che cosa significa nel foro interiore l' irregolarità di una domanda nella sua forma se cotesta domanda è giusta? Che cosa significa l' imperfezione di un atto quando la convenzione di cui era destinato a fornire la prova si trova in altro modo stabilita e trovasi perfetta in sè stessa?

Ma sono per contrario le nullità favorevoli quando sono la conseguenza di un' ammissione che ferisce la convenzione nella sua essenza o che fa credere che la domanda non sia fondata o che sia stata formato in modo da fare una sorpresa al convenuto. La nullità in questo caso dev' essere il trionfo della giustizia, ed è veramente il *remedium juris*; essa è favorevo-

lo, e l' interpretazione dee sempre farsi nel senso più opposto a una convenzione ingiusta, a una domanda mal fondata o maliziosamente fatta.

In altri termini, la nullità è odiosa quando diviene l' arme della cattiva fede, essa dee essere respinta in tutti i casi in cui il legislatore non vi si opponga formalmente e in cui la contravvenzione alla legge non ha impedito che la convenzione non sia perfetta: *Quid enim tam congruum est fidei humanae quam ea quae inter homines placuerunt servare?* Al contrario, la regolarità dell' atto nella sua forma non dispensa dal ricercare i mezzi di fare annullare una convenzione illecita nel suo oggetto o carpita con malvagi mezzi.

Dicasi lo stesso riguardo alla procedura. Noi abbiamo stimato che si debba, per quanto è possibile, separare l' oggetto di una domanda dalla forma nella quale sia stata fatta, e che l' irregolarità degli atti non debba impedire di prendere tutti i mezzi di far dritto alla domanda se questa è legittima e giustificata.

Questa maniera di ragionare non andrà a grado dell' universale; sarà riprovata dai formalisti, che insorgeranno contro ciò ch' essi chiamano una innovazione pericolosa, o noteranno gl' inconvenienti gravi che secondo essi debbono risultare dal voler liberarsi dalla schiavitù delle forme. E noi punto non saremmo maravigliati di vedersi rinnovare, in riguardo alla maniera di formare le azioni e di rendere la giustizia, la rissa surta a' nostri di tra classici e romantici sulla maggiore o minore importanza delle regole letterarie. Noi desideriamo che cotesta lotta abbia luogo, che interessi i giureconsulti; e non estimiamo a dirlo che ella non può non tornare in profitto della giustizia e della verità. Recherà somma maraviglia il vedere che la procedura abbia avuta si gran parte nelle azioni degli uomini, che spessissime volte sia stata adoperata contro il buon dritto, e che per lo più ell' abbia incoraggiata e fatto trionfare la frode.

In quanto a noi, la nostra opinione è fermata; noi ci siamo dichiarati contro il rigore de' formalisti. Il nostro più grande desiderio è stato quello di sostituire alla regola sottile e falsa *la forma trae seco la sostanza*, quest' altra regola: *La forma non dee trar seco la sostanza, che nel caso in cui ella sia necessaria per costituire o conservare il dritto.* Quest' ultima regola ci è sembrata la più naturale ed esatta espressione di quel bisogno essenzialmente conservatore di rendere a ciascun cittadino ciò che gli è dovuto, o

di fare con ciò ricadere in confusione il litigante di cattiva fede l'impiego di cotesti mezzi di forma, l'unico scopo de' quali è spesso di stornare la mano della giustizia pronta a raggiungerlo.

Quale sarà il giureconsulto di buona fede che non convenga, che di tutti gli scogli onde è circondato il magistrato, il più pericoloso sia quello che tutti i giorni vien presentato dall'applicazione dell'adagio: *la forma trae seco la sostanza?*

Quanti non si vedono di tali magistrati che conchiudono da cotesto adagio, che la forma dee signoreggiare nelle cause che lor son sommesse, e i quali, appunto per ciò, cercano la ragione del decidere in un codice di procedura anzichè ne' fatti del processo?

Strano modo di far giustizia! E non è a tutti evidente, che venerando a questo modo la forma, giudicasi piuttosto del merito dell'avvocato, dell'esattezza dell'usciere, che della probità del litigante, della legittimità della sua dimanda? Il giudice vede da qual canto stia la giustizia; ma sembra ch'egli tema di farla trionfare, perchè gli si dico ch'ella non è stata circondata dalle ordinarie forme; le si fa, in certo modo, il rimprovero del mostrarsi in una divisa poco regolare e dell'osare mostrarsi sola; le si applicano derisoriamente le parole del favolista (1)

» Mais aussi, dame Vérité,
» Pourquoi vous montrer toute nue?
» Cela n'est point adroit . . . . .

Questo abuso esiste ancora in parecchi tribunali, e noi ripeteremo mai abbastanza, il nostro scopo è di renderlo palese per distruggerlo.

Non si creda però che per noi si voglia pretendere che la forma degli atti e le formalità delle procedure possano essere assolutamente neglette. Noi ci affrettiamo di riconoscere che alcune volte ello costituiscono il dritto, che spesso lo conservano, e cho ben più spesso sono necessarie per dargli l'azione e la vita, senza cui esso sarebbe illusorio. La forma allora è essenziale; essa fa parte del dritto; essa è necessaria per rendere giustizia; e la nostra opera contieno un gran numero di esempii chè testificano in questo caso il nostro rispetto per essa.

Spieghiamo dunque tutto il nostro pensiero. Noi abbiam voluto provare che la forma non era in generale che l'ac-

(1) La Fontaine.

cessorio del dritto ; o che se qualche volta le si dava il vantaggio su quello , ciò non doveva essere che nel caso di una necessità assoluta. Noi abbiamo voluto provare che la forma opponendosi spesso all'equità , essa fosse eccezionale : che perciò , in vece di farla dominare sui giudizii , bisognava cercare per quanto fosse possibile di sottrarsi alla seccbezza delle sue volontà , alla sottigliezza delle suo pastoje.

Dobbiamo non pertanto confessare che non avremmo osato abbandonarci in modo così accertato alla convinzione di cui eravamo pieni , se non avessimo trovato nella giurisprudenza un movimento molto pronunziato a progressivo in questo senso ; e questo progresso è sì visibile, che non potrà alcuno non riconoscerlo , nè accusarci di volerne affrettare lo sviluppo.

Così , per esempio , quando fu promulgata la legge del 25 ventoso dell'anno XI sul notariato, le Corti di Appello si mostrarono rigorosissime sulla forma degli atti in generale , o più particolarmente sulla forma de' testamenti La più leggiera omissione era un motivo sufficiente di nullità , e i processi basati unicamente sui vizii di forma si moltiplicarono con una deplorabile facilità. Ma ben presto si fece sentire l'abuso , si abbandonò cotesta giurisprudenza rigorosa che ogni giorno recava nocumento allo più legittime convenzioni, alle più sagge disposizioni ; e di giorno e in giorno si pose applicazione a diffamare i processi cavillosi , a proscrivere le nullità senza oggetto.

Un simile cangiamento si operò nell'interpretazione delle leggi sulla procedura civile ; è singolare ed incredibile la facilità con cui certe Corti Reali pronunziarono il rigetto delle più giuste dimande sotto il pretesto che l'azione era stata male intentata. Sembrava che l'essenza del dritto non fosse più niente ; che la giustizia avesse cessato d'essere la volontà ferma e costante di rendere a ciascuno ciò che gli fosse dovuto , che la forma sola fosse tutto. Avventuratamente questa direzione degli spiriti si è cambiata ; e generalmente ci è parso che fosse sentito il bisogno di non riconoscere altre nullità di procedura che quelle che sono assolutamente necessarie. I magistrati e giureconsulti son divenuti quistionatori come i moralisti ; essi han voluto fermarsi sulle conseguenze delle loro decisioni ; ed è oggi ben raro che non dicano quello che l'autore dell'Emilio metteva sempre in bocca del suo allievo : *In che è utile quella che domandate ? A che serve cotesto?* . . *In che mai cotesto è giusto ?*

Quest' utile e saggio cangiamento non può essere posto in dubbio; esso manifestasi ognidì nella giurisprudenza; e solo per affrettarne gli effetti felici abbiamo intrapreso quest' opere.

Avremmo mancato al nostro scopo, se con tutti i nostri sforzi non avessimo combattuto la potenza delle facezio legali, di cotesti adagi nati dal seno della controversia delle scuole, e che la più parte de' dottori avevano creati in un' epoca in cui molto più si occupavano di farsi degli allievi e di creare de' sistemi, che di ben interpretare la legge. Noi gli abbiamo sottomessi a un coscienzioso esame; noi gli abbiamo spogliati di quel falso colore, di quel prestigio onde gli hanno improntati certi dottori secondarii, i quali gli avevano raccolti e trasmossi in certo modo sulla fede del maestro.

Rapportando tutte le nostre idee e opinioni intorno a tal punto a cotesto primo e fondamentale pensiero, cioè che anzi tutto *le leggi abbiano per iscopo di far dare a ciascuno ciò che gli è dovuto*, non abbiamo ammessa altra regola generale o assoluta che quella tendente al trionfo della giustizia, alla conservazione dell' ordine pubblico. No abbiamo tratto di conseguenza doversi soltanto dai loro effetti determinare il senso o l' applicazione delle regole di dritto.

Non sarà quindi da stupire che spesso abbiamo citato le leggi romane; noi le abbiamo accolte, e ne avevamo il diritto, come ragione scritta, come regole di equità, come regole d interpretazione. (Arresto della Corte di Cassazione del 2 messidoro anno XI; Sirey, vol. 3-1-306)

Da questo modo di vedere nello spirito della legge abbiamo pur trovato un incoraggiamento per combattere le opinioni che ci sono sembrate ingiuste o pericoloso. L autorità de' giureconsulti le decisioni de quali abbiam dovuto criticare, non ci ha per nulla arrestati; la franchezza della nostra opposizione ci scuserà, e ci farà inoltre perdonare gli errori ne' quali noi stessi abbiam potuto cadero.

Del resto, noi non ci siamo occupati dell' esame delle quistioni, se non che come esempii de principii che avevamo basati. Comprenderassi di leggieri che sarebbe stata immensa la nostra opora, se avessimo voluto esaminare o approfondire le numerose e gravi quistioni che ci si doveano offrire alla mente E siccome non avevamo il menomo desiderio di far pompa di logica e di dottrina, così preveniamo i nostri lettori che abbiamo voluto soltanto esporre il nostro disegno, far conoscere i principii della materia, e che l' esame delle quistioni è per noi stato di un importanza quasi nulla del tutto

Nè qui facciamo l'analisi delle opinioni che abbiamo adottate sulle diverse parti del Trattato che diamo al pubblico: abbiam solo voluto far conoscere le idee generali che ci han diretto nell'esposizione de' principii e nella soluzione delle quistioni di cui ci siamo valuti per esempio.

Queste idee ci han condotto a far sentire la necessità di portare più di rispetto per la materia di una domanda e per l'oggetto di una convenzione, che per le forme di cui esse sono rivestite;

Di non riconoscere alcun privilegio nel dritto di proporre le nullità;

Di ammettere un'interpretazione larga, generosa, favorevole agli atti fatti di buona fede;

Di non mai dar adito a' giudizii di contravvenzioni senza giusti motivi; di non accogliere mai nullità inutili;

Di non rifiutare troppo leggermente l'offerta della prova di violenza, di frode, o di altra causa illecita;

D'essere facile ad ammettere la ratificazione di un atto nullo nella forma, e d'essere riservato per la ratifica d'una convenzione illecita o viziata nella sua essenza;

Di vedere modificare per quanto sia possibile gli effetti delle nullità che non avessero per fine di punir la frode, e al contrario di vederlo estendere quando esse provengono da una causa ingiusta;

Di veder soprattutto dominare i principi di giustizia e di equità naturale, che sono, in tutte le materie, i più perfetti interpreti, le guide più sicure.

Avrem noi sufficientemente fatto conoscere la necessità di simiglievole innovazione? Di ciò giudicheranno i nostri lettori, e giudicheranno in ispecialità con benevolenza, quando sapranno che non avemmo già l'ambizione di divenire autore, che abbiamo cominciato il nostro lavoro in un età nella quale ben luugi dal carcare d'istruiro gli altri, noi si sente che il bisogno della propria istruzione.

Nostra sola ambizione fu di mostrare una possibile innovazione, un progresso nell'interpretazione e applicazione delle leggi. Se siamo tanto felici da far comprendere la necessità di tal progresso, saremo ricompensati delle nostre cure e della nostra fatica.

TRATTATO

DELLE NULLITÀ

DELLE CONVENZIONI E DEGLI ATTI DI OGNI GENERE IN MATERIA CIVILE.

CAPITOLO I.

DELLE DIVERSE SPECIE DI NULLITA'.

1 ABBIAMO detto nell' Introduzione cha la clausola di nullità era una pena vera il cui scopo era d' impedire la violazione della legge, ch' essa di questa faceva parte, e che ne era in certo modo la sanzione. Abbiam detto che per ciò esisteva una intima relazione tra le nullità e quelle leggi all' inosservanza nelle quali esse erano state collegate, e che la natura di una nullità, l' importanza de' suoi effetti, dipendevano interamente dall' oggetto della disposizione cui erasi contravvenuto. Ammesse queste idee, egli è certo che per ben classificare le nullità, per farne conoscere le diverse specie, abbiam dovuto rapidamente discorrere l' oggetto e il carattere delle diverse leggi che ci reggono.

2. Or queste leggi si rapportano a un' infinità d interessi distinti: le loro disposizioni, altrettanto varie in certo modo quanto le azioni degli uomini, non han sempre la stessa importanza, e la loro esecuzione non è sempre egualmente

essenziale. Bene han tutte per iscopo il pubblico interesse, anzi vi concorrono; ma non sempre allo stesso modo: le une vi concorrono direttamente, costituiscono la società o il paese che governano, formano la base del suo ordinamento; e queste sono quelle che compongono il suo dritto pubblico.

3. Altre vi concorrono d'un modo più indiretto; promulgate coll'unica mira di proteggere interessi che senza collegarsi al dritto pubblico s'innalzano non pertanto al di sopra degli interessi puramente privati, egli è certo che quando questi interessi son conservati malgrado della contravvenzione, questa si fa poco grave, ed è ben raro che il giudice non trovi nella legge o ne' suoi motivi de' mezzi onde piegare la severità d'un testo troppo rigoroso e l'applicazione del quale è divenuta inoltre senza oggetto.

Altre ancora vi concorrono ben più indirettamente ancora, e son quelle che riguardano gli atti o i contratti de' cittadini fra loro.

4. L'importanza di alcune di queste leggi ha potuto essere calcolata anticipatamente con tale esattezza, che il legislatore ha pronunziato di pieno dritto le nullità degli atti fatti senza tener conto delle loro disposizioni; mentre che l'importanza delle altre talmente dipende dalle circostanze, che il legislatore ha dovuto riportarsene alla saggezza dei tribunali, perchè questi, valutando la gravezza dell'infrazione dall'esame e dalle conseguenze del fatto, fossero padroni di annullar l'atto o di convalidarlo.

5. Le une si riferiscono alla *sostanza del dritto*, e determinano le obbligazioni de' cittadini fra loro; altre stabiliscono la *forma degli atti* che han per oggetto di fornir la pruova di queste stesse obbligazioni e di farle eseguire regolando l'esercizio delle azioni.

6. Senza spingere più lungi il nostro esame sulle diverse specie di leggi, ci basterà dire che nelle nullità debbonsi osservare gli stessi caratteri; e che esse (come le leggi di cui costituiscono la sanzione) non hanno nè le medesime cause, nè la medesima importanza, nè il medesimo scopo; non sono sempre e indistintamente stabilite per tutti. Perciò vengono divise in parecchie specie che noi verremo esaminando.

7. Prima divisione. Avendo tutte le leggi per oggetto l'interesse generale o il particolare, le nullità che il legislatore ha fatto inerenti all'inosservanza delle loro disposizioni, sono anche o *d'ordine pubblico* o *di diritto privato*. La distinzione che si fa dalle une alle altre, consiste in ciò che le pri-

me non si collegano che secondariamente agl' interessi particolari, *primario spectant utilitatem publicam*, *secundario privatam*; mentre che le secondo sono principalmente disposte in vista dell' interesse de' cittadini presi individualmente, *primario spectant utilitatem privatam*, *secundario publicam*: queste ultime sono l' effetto della contravvenzione alle leggi il cui principale oggetto è di regolare gli atti ed i contratti de' cittadini fra loro.

8. SECONDA DIVISIONE. Le nullità di ordine pubblico si dividono in *nullità di ordine pubblico propriamente dette*, e in *nullità di ordine pubblico secondarie*. Le prime sono conseguenza della contravvenzione alle leggi che hanno per oggetto di determinare i dritti della società riguardo o ciascheduno de' suoi membri. Tali sono le leggi che formano il nostro dritto pubblico, quello che concernono i buoni costumi, la comune sicurezza, la polizia generale, o che si rapportano alla disposizione delle cose che il diritto naturale, quello delle genti o il dritto civile pongono fuor di commercio.

Le *nullità d' ordine pubblico secondarie* sono l' effetto della contravvenzione a quelle leggi, che sebbene non sieno state fatte nell' interesse generale, s' innalzano non pertanto al di sopra di quelle che sono di puro dritto privato: tali sono le leggi che regolano l' esercizio delle azioni e il modo di procedura in generale, quello che determinano la forma degli atti, le leggi che concernono le comuni, i minori, gl' interdetti, le mogli, in fine quelle che si riferiscono ad alcuni interessi, che sebbene privati, non possono essere giuridicamente discussi se non che in presenza del pubblico ministero e sulle sue conclusioni. (Henrion de Pansey, Del potere municipale, lib. 2, cap. 18, §. 12.)

9. TERZA DIVISIONE. Le nullità si dividono in *assolute* e *relative*. Le *nullità assolute* son quelle che la legge ha pronunciate in favore di tutti coloro che possono avere interesse a prevalersene: nullità di tal fatta riducono l' atto a un puro fatto; e sono sì gravi, che sciolgono le parti contraenti dalle loro rispettive promesse. Tali sono quelle che vanno inginnte alla violazione di quelle leggi delle quali principale motivo è l' interesse pubblico. Tali sono quelle che risultano dall' omissione delle formalità prescritte per un solenne contratto; quelle che risultano dall' essersi contratta un' obbligazione senza causa, ec. ec.

Le *nullità relative* sono quelle che risultano dalla contravvenzione a una legge le cui disposizioni non interessano che certe persone o certe comunità. Tali sono le nullità san-

cite in favore de' minori, delle mogli, degl' interdetti, delle comuni. Tali sono, negli atti di procedura, le nullità che risultano dall' irregolarità di una citazione, che solo per vizio nella forma, o per non essere stata regolarmente rimessa alla parte interessata, non dà alla parte stessa le notificazioni necessarie alla sua difesa o le garenzie che il legislatore le avea voluto accordare.

10. Questa definizione della nullità relativa, e gli esempii onde l' abbiamo accompagnata, provano essersi detto a buon dritto che questa era meno una nullità che una facoltà che il legislatore avea voluto accordare a una o a parecchie persone di fare annullare un atto o una procedura inoppugnabile da ogni altro. *Quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus.* (Mantica, *De nmb. et tac. conv.*, lib. 4, tit. 29, n. 12.)

11. La distinzione fra le nullità assolute e le nullità relative è essenziale; anzi è una di quelle che più importa conoscere, per la ragione che il carattere che le separa non varia punto. Non v'ha nullità alcuna che possa divenire assoluta o relativa a seconda delle circostanze. Una nullità relativa non può mai divenire assoluta, poichè essa non ha forza che in virtù della reclamazione di quelli in cui favore è stabilita. (Tronchet, seduta del Consiglio di Stato del 5 vendem. anno X.) Come del pari una nullità assoluta, essendo stabilita nell' interesse di tutte le parti, stabilisce un diritto del quale niuna di esse può essere privata se non che in quanto vi rinunzi.

12. Quarta divisione. Le nullità si dividono in *nullità di pieno diritto* e in *nullità per via di azioni*. Le *nullità di pieno diritto* son quelle che il legislatore ha formalmente pronunziate, o che non essendo espressamente pronunziate sono la conseguenza di un vizio apparente o reale che ha impedito di formarsi l' atto o il contratto. Queste nullità sono sempre assolute quando sono il risultamento di una contravvenzione che ha colpito di *non esse* il contratto o la convenzione. Al contrario esse possono essere non altro che relative, benchè *pronunziate di pieno dritto*, quando la contravvenzione non impedisce che il contratto abbia avuto una certa forza.

Le *nullità per via d azione* son quelle che il legislatore non ha voluto pronunziare direttamente, dal perchè dipendono piuttosto dalle circostanze del fatto che dalla disposizione del dritto, e che quindi era perciò indispensabile di sommetterle alla valutazione del magistrato. Queste nullità non

impediscono già che un atto non possa presentare tutte le apparenze della realità, che non produca inoltre in certi casi lo stesso effetto che se fosse valido; soprattutto esse non impediscono che un titolo sia atto a trasmettere la proprietà e che il possessore non possa credersi di buona fede.

13. Alcuni esempi basteranno per spiegare la differenza che v' ha tra le *nullità di pieno dritto* e le *nullità per via di azione*.

Il matrimonio dell' individuo colpito di morte civile è *nullo di pieno dritto*, dal porchè egli è macchiato da un vizio certo e irrecusabile risultante dal giudizio che porta la pena (1).

Un altro esempio: gli atti fatti da un interdetto sono o nulli di pieno dritto, o solamento annullabili, secondo che sieno stati consentiti prima o dopo del giudizio che lo colpisce d' interdizione. Art. 503-426. — Se l' otto è fatto dopo il giudizio, è nullo di pieno dritto: il giudice non può renderlo valido per alcuna considerazione per quanto siasi potente. — Al contrario, se l' atto è anteriore al giudizio, la nullità non può essere pronunziata dal giudice se non che dope l' esame del fatto, e solo nel caso in cui la causa dell' interdizione avesse notoriamente esistito quando l' atto è stato fatto. La nullità, in questo caso, dipende da un fatto la cui valutazione è abbandonata alla coscienza del magistrato (2).

14. L' art. 444 del codice di commercio ci fornisce un altro esempio della *nullità di pieno dritto* e della *nullità per via di azione*. Esso si esprime in questi termini: « Tutti gli » atti traslativi di proprietà immobiliare fatti dal fallito e » titolo gratuito ne' dieci giorni che precedono l' apertura della » fallita, *sono nulli* e senza effetto relativamente alla massa » de' creditori; tutti gli atti dello stesso genere a titolo one-

(1) Le nostre leggi civili hanno abolito la morte civile: noi non abbiamo che perdita parziale di diritti civili, o come pena, o come effetto di pena. Il solo ergastolo comprende una specie di morte civile; diciamo specie, perchè non isciogliendo il matrimonio, non può equipararsi alla morte civile. In quanto al matrimonio di cui non potea contrario, il giudizio è riserbato all' autorità ecclesiastica, contentandosi il legislatore di starsene a quello. Se però ha contratto canonicamente matrimonio un cittadino napolitano contraddicendo ai dettami delle leggi civili e sia nella civile incapacità, la società rispetterà il legame, ma non accetterà gli effetti che ne derivano.

(2) La nullità dell' atto anteriore al giudizio, è subordinato a due condizioni, cioè alla dichiarata interdizione, ed alla dannosità dell' atto medesimo: così un atto ragionevole o vantaggioso verrà annullato sol perchè le cagioni della interdizione preesistevano a quell' epoca. La coscienza del magistrato è dunque legata dalla legge dell' utilità dell' interdetto.

» roso, *sono suscettivi di essere annullati* sulla dimanda de'
» creditori quante volte sembri al giudici che portino un
» carattere di frode ».

15. Risulta da quanto esponemmo, che per l'ordinario dipende dal giudice l'accogliero e il rigettare una nullità che non è pronunziata *di pieno diritto*; mentre al contrario se essa ha un tal carattere, egli non può dispensarsi dal pronunziarla, poichè essa riposa su presunzioni legali contro cui non è ammessa alcuna pruova. Art. 1350-1304 o 1352-1306

16. Osservate nulladimeno che la *nullità di pieno diritto* non produce in vero il suo effetto che in quanto è riconosciuta per giudizio; poichè non s' appartieno ai particolari il farsi giustizia di per sè stessi; eglino non possono mai ottenerla che per l' intermissione de' magistrati specialmente incaricati di amministrarla loro, o che, appunto per ciò, sono considerati come gli ausiliari della legge: *tamquam legale auxilium*. (Vantius, *Tract. de nullit.* pag. 2.) Ritorneremo su questo orgomento nel corso di quest' opera.

17. La distinzione fatta di sopra tra le nullità *di pieno dritto* e le nullità *per via di azione*, nulla ha di comune con quella che era ammessa dalla giurisprudenza in un' epoca in cui il diritto romano e il dritto consuetudinario si dividevano la Francia. Anche allora si riconosceva due specie di nullità de' contratti o delle convenzioni; cioè, quelle che erano pronunziate dalle consuetudini e dalle ordinanze, o quelle che secondo l' uso non rendevano gli atti nulli di pieno dritto, ma davano solamente adito a rescissione. Le nullità della prima specie erano chiamate *nullità di ordinanza*: quando un atto ne era colpito, esso era nullo di pieno dritto; bastava in tal caso di allegare la nullità per ottenere che fosse pronunziata; non vi era punto d' uopo di ottenere lettere di rescissione. Le nullità della seconda specie erano chiamate *nullità di dritto*: esse non rendevano già gli atti o i contratti nulli di pieno dritto; ma creavano solo la facoltà di farli annullare o rescindere ottenendo lettere di rescissione. Ed è a quest'ultima specie di nullità che bisogna applicare la massima: *Le vie di nullità non hanno luogo in Francia*; il che dee intendersi delle nullità che il dritto romano aveva introdotte, e non di quelle portate dalle ordinanze o dalle consuetudini che producevano il loro effetto senza lettere regie. (Argou, Instituzioni del dritto franceso, vol. 2, pag. 480; e Arresto di Cassazione del 1 floreale anno XII.)

18. Quinta divisione. La nullità per via di azione si divide in *azione per nullità propriamente detta* e *in azione per*

rescissione. La prima risulta specialmente da un vizio di forma. La seconda è il risultamento di un vizio dell' obbligazione nella sostanza. (Argomento tratto dagli art 1304-1258 e 1338-1292.)

19. La differenza che esiste fra queste due azioni è poco notevole, dacchè si è soppresso l' uso in cui s' era di non potere far rescindere un atto se non che dopo aver ottenuto delle lettere di rescissione, e che si le une che le altre sono state sottoposte a una stessa disposizione dall'art. 1304-1258. Con tutto ciò noi abbiamo stimato che fosse utile di non confonderle, per la ragione che se il danno provato da una delle parti non dee essere di una grande considerazione per accogliere un' azione per nullità, noi abbiamo pensato che altramente dovesse andar la bisogna quando trattasi di ammettere o di rigettare un' azione per rescissione. — Noi vedremo in fatti che l' *azione per nullità* dev' essere ammessa solo perchè la volontà del legislatore è stata posta in non cale, e sulla presunzione legale che la parte querelantesi ha ricevuto danno dall' inosservanza della legge. — Mentrechè, quando trattasi di accogliere un'*azione per rescissione*, l'esistenza del danno per la parte querelante è una potente considerazione; imperocchè, che cosa mai potrebbe significare l' azione di un individuo che si querelasse di un obbligazione o di un atto che in nulla avesse recato nocumento ai suoi interessi?

Inoltre, egli è sì vero che il legislatore non ha considerate queste due azioni come aventi lo stesso carattere, che le ha distinte in parecchi articoli del Codice. (V gli art. 1304-1258, 1311-1265, 1338-1292, ec.) La Corte stessa di Cassazione ha creduto non potersi in appello convertire un' *azione per nullità* in un' *azione per rescissione*. (Arresto del 1 dicembre 1811. Sirey, 1812, pag. 144.)

20. Sesta divisione. Le nullità sono *continue* o *discontinue*. Le *nullità continue* son quelle la cui causa è si grave ed assoluta, che la legge si oppone sempre all' esistenza dell'atto che n' è colpito. La *nullità discontinua* è quella che avea per causa una circostanza che non era che passaggiera, un pericolo che è passato, un timore che non si è effettuato: le nullità del matrimonio hanno per la più parte questo carattere.

21. Tali sono, in generale, le diverse specie di nullità. Le definizioni che ne abbiamo date e che abbiamo attinte nelle nozioni che ci son sembrate essere le più esatte, parranno sottili; ed è questo in fatti, il pericolo che corrono

la maggior parte delle definizioni del dritto. *Leg. 203*, §. *de reg. juris.* Ma ciò nulla meno ci siamo convinti del quanto fosse utile di classificarle e di non confonderle, visto che la loro importanza, i loro effetti, il dritto di proporle, la facilità di sanarle colla ratificazione, in fine la loro applicazione, dipendono per lo più dalla specie alla quale appartengono.

22. Non è sempre facil cosa lo scoprire il pensiero del legislatore, il determinare la specie di una nullità proposta, e conseguentemente il farne una giusta applicazione. Sembraci che nel dubbio si possa ricorrere ai principii generali di giustizia e di eguaglianza i quali debbono essere la base di ogni interpretazione, e che vi si possano trovare le regole seguenti:

23. *Primo regola.* Nel dubbio se una nullità sia d'ordine pubblico e di dritto privato, il silenzio del legislatore debb' essere interpretato nel senso che la nullità non sia stata portata che nell'interesse privato; è chiaro in fatti, che se ella fosse d'ordine pubblico, il legislatore lo avrebbe espresso o almeno lo avrebbe dato a conoscere in modo che il giudice non si potesse ingannare. Nel dubbio deesi sempre pronunziare per la validità degli atti: e *haec quidem interpretatio, per quam actus sustinetur, dicitur regina aliarum interpretationum.* (Decius, in leg. in testam. n. 11, Cod. de mili. testam.)

24. *Seconda regola.* Ogni disposizione che pronunzia senza restrizione la nullità di un atto, produce una *nullità assoluta* che può essere proposta da tutti gl'interessati (1). Egli è certo in fatti, che il dritto esclusivo di proporre la nullità, o, in altri termini, la facoltà che noi abbiamo di farci sciogliere dalle nostre obbligazioni verso coloro cui noi possiamo costringere ad adempire le loro a nostro riguardo, è un privilegio troppo importante perchè lo si possa estendere oltre i casi che la necessità o la legge hanno determinati. Un simile privilegio ferirebbe l'eguaglianza di cui innanzi alla legge debbono tutti i cittadini godere; bisogna dunque rigettarlo sempre che non sia chiaramente stabilito. « L'eguaglianza, » diceva Bentham, è uno degli oggetti della legge; ora in » un ordinamento destinato a dare a tutti gli uomini la più » gran somma possibile di felicità, non v'ha ragione per che » la legge cerchi di darne più a un individuo che a un altro. »

(1) Vuolsi aggiugnere, in tutto il tempo nel quale si mantengono efficaci le azioni, ed in tutto il corso del giudizio: dedotte tali nullità come perentorie, possono esser proposte in tutti i gradi di giurisdizione.

25. *Terza regola*. Nel dubbio se una nullità debba produrre il suo effetto di pieno dritto o se dipenda al contrario dall' esame del fatto, si dee decidere in quest' ultimo senso. La ragione n' è, che le nullità, soprattutto quelle che operano il loro effetto di pieno dritto e independentemente dalle circostanze del fatto, costituiscono una pena rigorosa; or come le pene non debbono essere estese, o bisogna al contrario restringerle per quanto sia possibile, il legislatore deesi esprimere chiaramente; se si è mal interpretata la sua volontà, egli ha dovuto prevederlo, o non può lagnarsene, giacchè egli solo, pel suo laconismo o per qualunque altro motivo, non ha fatto conoscere la sua volontà, e ch' egli è di principio che l' interpretazione debbe sempre esser fatta contro di lui. *Contra eum qui dicere legem potuit interpretatio est facienda* (1).

26. Esposte le diverse specie di nullità, dobbiamo indicarne le cause: sarà questo l'oggetto del capitolo seguente.

CAPITOLO II.

Delle cause generali delle nullita'.

27. Abbiamo detto nel capitolo precedente che l'azione per nullità differiva dall' azione per rescissione principalmente perch' esse aveano cause differenti; bisogna dunque separarle nell' esame che ne siam per fare, o divìdero il presente capitolo in due sezioni: tratteremo nella prima delle cause della nullità degli atti e delle convenzioni; e la seconda avrà per oggetto le cause particolari che danno luogo alla rescissione delle convenzioni.

SEZIONE I.

Delle cause che danno luogo alla nullità e all' annullamento degli atti e delle convenzioni

28. Gli atti o le convenzioni sono nulli o annullabili: 1°. per vizio di forma; 2°. per difetto di volontà di una o di più delle parti contraenti; 3°. per causa dell' incapacità

(1) Pare che si dovesse aggiugnere una quarta regola alle tre proposte egregiamente dal sig. Solon, la quale dovrebb' esser questa: nelle nullità chi non sono di pieno diritto ed assolute, la prudenza e l' arbitrio del giudice sarà per la sentenza che evita il danno; e nel caso di un danno inevitabile, per quella che mantiene il fatto e meglio rispetta la buona fede

di una o di più di tali parti ; 4°. a ragione della natura della cosa , della stipulazione o del fatto che è l'oggetto della convenzione o della disposizione ; 5°. per difetto di potere, di mandato o di attribuzione ; 6°. per causa di contravvenzione alle leggi del registro.

Esaminiamo partitamente queste diverse cause delle nullità in altrettanti paragrafi particolari.

§ I. *Delle nullità degli atti nella loro forma.*

29. Gli atti, in generale , sono nulli nella forma, quando sono sforniti di una o più delle formalità richieste per costituirli e per dar loro l'essere ; di quelle di cui si dice : *Forma dat esse rei.* Gli atti in cui si sono omesse simili formalità , sono come se non esistessero ; poichè non adempiono le condizioni sotto le quali la legge civile li ha ammesse.

Non bisogna confondere queste genere di formalità con quelle che non hanno altro oggetto che di rendere l'atto più sicuro e più autentico , conosciute nel dritto sotto la denominazione di *formalità occidentali*. Noi vedremo nel corso di quest' opera , che l' osservanza di queste formalità non è talmente necessaria che l'atto non possa esistere senza di esse.

30. La nullità che risulta da un vizio di forma , è in generale odiosa ; bisogna adunque non accoglierla che con circospezione , e nelle circostanze in cui la volontà del legislatore è manifesta. (V. di sotto il cap. III , Dell' interpretazione delle leggi.)

§ II. *Del difetto di volontà per parte di uno o più de'contraenti.*

31. Egli è la volontà che serve di fondamento alle convenzioni ; non v' ha contratto che possa esistere senza di essa ; così che, ogni qual volta v' ha luogo a interpretare le clausole dubbie , deesi ricercare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti , anzichè fermarsi al senso letterale delle parole. (Art. 1156-1109 e 1163-1116.)

32. Cotesta volontà debb' essere fondata sulla intenzione di contrattare , di obbligarsi o di rendere gli altri obbligati; un semplice progetto non basterebbe per creare il legame di dritto , *Vinculum juris*.

33. La volontà delle parti contraenti deesi riferire allo stesso oggetto ; le convenzioni o i contratti non si fermano precisamente che colla stipulazione e colla promessa

che le parti si fanno rispettivamente sulla stessa cosa o sullo stesso fatto. *Conventio est duorum vel plurium in idem placitum consensus.* Il che ha pur luogo nelle promesse gratuite, poichè non può farsi una liberalità che a colui che vi acconsente. *Non potest liberalitas nolenti acquiri.* (Argomento tratto dall' art. 932-856.)

Adunque allorchè due parti vogliono trattare insieme, se l' una fosse nell' intenzione di vendere la sua cosa all'altra, e questa non intendesso riceverla che a titolo di permuta, non vi sarebbe concorso, *in idem placitum*, non vi sarebbe contratto.

Sarebbe lo stesso se una di esse intendesse vendere all' altra una casa di campagna, e questa fosse nell' intenzione di comprare la casa di città del venditore; egli è certo che in tal caso il venditore intendeva vendere ciò che l' altro non era nell' intenzione di comprargli, e ciò il compratore credeva comprare ciò che l' altro non credeva vendergli. (*Vid. leg. 9 cod.* §. *de contr. empt.*)

Nè dal pari vi sarebbe vendita, se il venditore stipulasse un prezzo maggiore di quello che il compratore intendesse dargli. (*Dict. leg. 9.*) Ma se il compratore promettesse un prezzo superiore a quello che il venditore avesso in pensiero, la vendita sarebbe ben fatta; poichè colui che consente a comperare una cosa a un certo prezzo, consente *a fortiori* a comprarla per un prezzo minore.

§. III. *Dell' incapacità delle parti contraenti.*

34. Non basta il consentire; bisogna ancora esser capace di volere, e bisogna in oltre che la legge non s' opponga all' effetto della volontà che viene espressa. Nel consenso richiesto per la validità delle convenzioni, due cose ci vogliono, diceva Dumoulin (*De verb oblig tract leg.* si quis ita n°. 20) la volontà e il potere. *In consensu requiruntur et voluntas et potestas.* Senza questo doppio carattere non v' ha consenso. Abbiam vedute nel §. precedente come la volontà dovesse intervenire; vediamo di presente quando una parte sia incapace di volere.

35. L' incapacità delle parti contraenti è *naturale* o *civile*.

Dell' incapacità naturale.

36 L' incapacità naturale è quella che proviene da difetto di ragione. Colui che non ragiona può non avere una

volontà ponderata; egli non può contrarre un' obbligazione. È chiaro in fatti, che le convenzioni avendo per fine i nostri bisogni, gusti o interessi, fa d' uope che noi siamo in istato di comparare le obbligazioni che contragghiamo coi vantaggi che ne dobbiamo cavare.

I fanciulli non hanno per anco l' uso di lor ragione; i furiosi, gl' insensati ne son privi del pari: a son dunque naturalmente incapaci di contrarre.

37. L' incapacità naturale produce per se sola la nullità delle convenzioni. La legge civile, dice il Cancellier d' Aguesseau nella causa dell' Abbato di Orleans, « non fa che » seguire e imitare la legge naturale; e sembra che il magi» strato non per altro interponga il suo giudizio, che per » unire all' autorità della natura quella della legge.

Ed il legislatore, in conformità di questa regola, dopo aver detto nell' art. 502-425 che gli atti fatti da un interdetto dopo il giudizio d' interdizione o da lui fatti senza l' assistenza di un consulente, eran nulli di pieno dritto, aggiunge nell' art. 503-426 che gli atti anteriori all' interdizione *potranno essere annullati* se la causa dell' interdizione fosse notoriamente esistita all' epoca in cui gli atti sono stati fatti.

38. Ed è stato puro ragionevolmente giudicato, per conseguenza della stessa regola, non essere necessario che l' atto *annullabile* a termini dell' art. 503-426 fosse macchiato di dolo o di lesione. La Corte di Cassazione ha deciso che bastava che colui che avova sottoscritto l' obbligo avesse sofferto un danno la cui valutazione è abbandonata ai lumi e alla coscienza de' magistrati. (Arresto del 15 nov. 1826. Giurisprudenza del XIX secolo, 1827, 1, 51. Sirey, 1827, parte 1, pag. 51.) Egli è evidente che la notorietà della demenza giunta all' esistenza del danno escludono l' idea d' una sana voloutà.

39. Per applicazione di questa stessa regola, che l' incapacità naturale annulla la convenzione, indipendentemente dalle disposizioni della legge civile, noi pensiamo che l' ubbriachezza, quando è portata al punto di far perdere la ragione, produce la nullità di tutti i contratti ed atti che fa colui che ne è in preda mentre ch' ella dura. L'ubbriachezza in fatti è una vera demenza; alla ci priva delle facoltà: ed è un ferire le leggi della giustizia, un far violenza alla ragione, il sostenere che colui che s' è obbligato in talo stato sia validamente obbligato ed abbia saputo quello che faceva (1).

(1) Bisogna accogliere questa dottrina con grande riserva. Fa d'uopo

Certamente in materia criminale sarebbe stato pericoloso per la società di ammettere l'ubbriachezza come una scusa; ciò sarebbe stato un dare troppo grande facilità di commettere delitti; sarebbe stato in certo modo, un dare al delitto una patente d'impunità: e la morale o la ragione comandavano di considerare l'ubbriachezza come una colpa di più. Ma in materia civile non esistono simili pericoli; bisogna ottenersi ai principii generali, secondo i quali non sola volontà chiara e capace di sapere a che ella s'obblighi può servire di fondamento a un'obbligazione; ora l'uomo ubbriaco non ha più ragione nè può più validamente volere che l'uomo in delirio. Quindi l'obbligo che ha preso è nullo per difetto di consenso. (Art. 1109-1063.) Nè inoltre egli è assolutamente necessario che vi sia stato dolo o frode per parte di colui verso il quale l'obbligazione è stata consentita (Pothier, Trattato delle obbligazioni, n°. 49; Puffendorfio, Dritto di natura, lib. III, cap. 6.) Parecchie consuetudini in Francia permettevano di disdirsi fra le ventiquattr'ore di ogni contratto fatto nell'ubriachezza, ed anche di quello fatto in una taverna. (Conferenze di Dupare Poullain, sull'art. 295 della Consuetudine di Bretagna.)

La Corte di Angers ha riconosciuto che l'ubbriachezza era una causa di nullità nella specie seguente:

Alla fine di maggio 1820 degli affissi annunziavano che il 5 giugno seguente si sarebbe proceduto nell'Albergo del Delfino nella città di Vilaine, per cura del sig. D...... notajo, alla vendita al maggiore offerente della possessione del *Grand-Haut-Bois*.

Nel giorno indicato due oblatori si recano all'Albergo, e l'aggiudicazione è fatta al sig. Pothier ultimo oblatore.

Quando l'esecuzione del contratto è reclamata dai venditori, Pothier vi si ricusa, pretendendo ch'egli era ubbriaco quando avvenne l'aggiudicazione, e che il suo consenso gli era stato carpito.

A 26 maggio 1821 giudizio interlocutorio che ammette Pothier a provare la sua ubbriachezza.

A 23 luglio 1822 giudizio che, considerando che se alcuni testimoni depongono per l'ubriachezza di Pothier, al-

che la ubbriachezza opprima i sensi prima della ragione; la oppressione de' sensi fa mancare la cognizione o la scienza e la volontà, cause per se sufficienti a costituire la invalidità dell'operato. Ma ove i sensi siano rimasti liberi e pronti, non pare che si possa mettere in campo la nullità per ubbriachezza. Ciò che soggiunge l'autore nella seconda parte di questo n.° riconferma la nostra opinione.

tri dichiarano che egli non ero ubbriaco, *che, nel dubbio, è dovuta fede all' atto autentico*, condanna a pagaro.

Sull' appello, la Corte: atteso che la prima delle condizioni essenziali alla validità delle convenzioni è il consenso della parte che s' obbliga; che considerando sotto questo rapporto l' atto di vendita del 5 giugno 1820, si osserva che Pothier era riscaldato dall' acquavite ec.; che questi fatti, attestati da un gran numero di testimoni concordi o disinteressati, stabiliscono sino all' evidenza cha Pothier era allora incapace di dare un conseuso; che indarno si oppone che Pothier la sera dell' aggiudicazione avendone parlato ad alcune persone, era dunque con conoscenza ch' egli avea rincarato sul prezzo giacchè ne conservava memoria dopo l' aggiudicaziono . . . . . . ; che non si dee confondere la memoria che ci rammemora gli oggetti con la ragione che li compara e ci fa discernere la natura o l' estensione delle nostre obbligazioni; *ch' egli è fermo principio che l' ubbriachezza tal quale si è verificata esistere, secondo l' esame de' testimoni, è una specie di delirio col quale il consenso non può esistere*; per questi motivi, dichiara la vendita nulla ec. (Arresto del 12 dicembre 1823. Sirey, 1824, 2, 240. Dalloz, t. 20, pag. 316.)

Si trova pure in Sirey, pag. 265, una decisione della Corte di Caen la quale ho giudicato che lo stato d'ubbriachezza produceva incapacità attuale di testare, e che l'opinione emessa dal notajo d' essergli il testatore sembrato sano di mente, era solo un' opinione puramente morale, indipendente dalla furma sostanziale dell' atto di cui è estensore; che non era quindi necessario di ricorrere all' inscrizione in falso per provare l' errore in cui il notajo e i testimoni aveano potuto essere indotti su questo punto importante.

40. Colui che non è che debole di mente, cioè colui che soltanto è colpito di una leggiera imbecillità proveniente non dall' estinzione ma solo dalla diminuzione della ragione, non è assolutamente incapace di volere, o se può facilmente lasciarsi sorprendere, può non pertanto comprendere l' effetto del consenso ch' egli dà: quindi egli non è nel caso d' essere interdetto, o le obbligazioni che forma non sono colpite di nullità; conseguenza tratta dagli articoli 502-425 e 503-426.

Il primo di questi due articoli prescrive « che l' inter-
» dizione o la nomina di un consulente avrà il suo effetto
» dal giorno della sentenza, e che tutti gli atti fatti poste-
» riormente dall' interdotto o senza assistenza del consulente,
» saran nulli di pieno dritto » — Il secondo autorizza i

giudici a far risalire gli effetti dell'interdizione, in riguardo agli atti fatti anteriormente, quando la causa dell'interdizione esisteva notoriamente all'epoca in cui tali atti sono stati fatti.

Questa facoltà di far risalire gli effetti del giudizio d'interdizione, non ha luogo, come si vede, che in riguardo agli atti fatti dall'interdetto, e nullamente nel caso ove solo vi ha luogo alla nomina di un consulento giudiziario per motivo di debolezza di mente; ed appunto così doveva essere: nel primo caso, la notorietà della demenza fa presumere la mala fede per parte di colui che ha trattato coll'interdetto, mentre prova nel tempo stesso che quest'ultimo era naturalmente incapace di sapere quel che faceva; mentre che nel secondo caso colui che non era che debole di mente, avendo potuto consentire, benchè in un modo non affatto ponderato, le terze persone che han trattato con lui hanno potuto crederlo capace di contrattare, e quindi non debbono perciò rispondere che del loro dolo.

41. Ma se il debole di mente non è naturalmente incapace di volere, non è perciò meno vero, che la sua volontà non è sempre ben sana; e come la sua troppo grande facilità potrebbe esporlo alle insidie della mala fede, gli si può far dare dal magistrato un consulente giudiziario, senza il quale non può stare in giudizio, transigere, torre a mutuo, ritirare un capitale mobiliare nè darne quitanza, alienare, nè gravare i suoi beni d'ipoteca. (Art. 499-422 e 513-436.)

42. Il carattere particolare dell'incapacità dei deboli di mente ha data origine a una quistione importante: partendo dal principio che il giudizio che gli assegna un consulente giudiziario non ha effetto sugli atti che aveva anteriormente consentiti, si è domandato se dovesse conchiudersene che nel caso che venisse a morire dopo l'assegnazione del consulente, il testamento che avesse potuto fare per innanzi fosse necessariamente valide come essendo fatto da un uomo avente capacità sufficiente.

Egli è certo che il legislatore non avendo punto regolato a questo riguardo la capacità del debole di mente, ed essendosi limitato a dire che per fare una donazione tra' vivi o un testamento bisogna esser sano di mente (art. 901-817), ha voluto che ogni cosa fosse determinata dalla capacità o dall'incapacità naturale del testatore; nulla dunque impedisce che non si possa domandare e che non si possa ottenere la nullità di un testamento o di una donazione, se si può provare che

al momento della loro confezione il donatore o il testatore non era sano di mente. L' art. 901-817 stabilisce di fatti una regola generale e assoluta la cui disposizione è independente dagli art. 502-425 e seguenti (Vedi Grenier , Trattato delle donazioni , part. 1, cap 3 , sez. 2 , n. 101 e seguenti ; l' Arresto di Cassazione del 22 nov. 1827 , Giurisprudenza del XIX secolo , 1827 , 1 , 187 ; Arresto della Corte di Colmar del 3 febbraio 1812 , Sirey , 1813 , p. 43; Paillet sull' art 901.)

« Ci maraviglieremo » diceva d' Aguesseau nella causa dell' abbate di Orleans . « che le leggi abbian permesso agli » uomini di disporre de' loro beni , e più facilmente e piut- » tosto con un contratto che con un testamento ? Nel con- » tratto , la menoma capacità è sufficiente , perchè egli è » conforme al dritto comune , e che d' altra parte si può » starsene alla fede di colui col quale si tratta : si può pren- » dere un consulento e firmare , senza sapere precisamente » a che uno si obbliga , per la fiducia che si ha nolla pro- » bita , ne' lumi e nell' esperienza di colui che si consulta. — » Ma nel testamento bisogna che tali lumi , tale esperienza, » tale capacità si trevino in colui che lo fa. Veramente non » è vietato a un testatore di prendere un consulente ; ma il » consulente non guarda alla sostanza dell' atto , non guarda » che alla forma. Al testatore s' appartiene di pensare , di » deliberare, di esaminare, di prendor consiglio, d' interrogare » sè stesso , in una parola , di *volere* : il giuriseconsulto non » gli dà i suoi avvisi che per prestare ai pensieri di lui i » termini della legge, o per unire , a dir così, la forma este- » riore alla materia e alla sostanza dell' atto che deo essere » predotto dalla sola volontà del testatore. »

43. Il debole di mente non essendo in generale colpito d' incapacità che colla assegnazione di un consulente , la sua incapacità è un' incapacità eccezionale , riposante piuttosto sulla legge civile che sulla legge naturale ; ne vien di conseguenza che colui al quale si è dato un consulente giudiziario per simile causa può fare tutti gli atti che non gli sono vietati dal giudizio. Solo se è stato ingannato, egli ha l' azione del dolo , la quale i giudici dovrebbero ammettere con tanto maggior favore , quanto è più grande la sua facilità e più limitata la sua intelligenza.

44. Non si può far di meno di non deplorare il silenzio del legislatore relativamente agli atti che il debole di mente avesse consentiti prima che gli si fosse dato un consulente ; non sarebbe del tutto giustissimo che , come il minore , egli po-

tesse farsi restituire contro simili atti, quando fosse stato leso colle obbligazioni ch' essi gl' imprerebbero? — Non può accadere che la providenza de' parenti sia svegliata troppo tardi, o che un' intera fortuna sia distrutta prima che sia stato fatto alcun passo per conservarla? — Non sarebbe giusto che la legge permettesse di ritornare sugli atti passati prima del giudizio che assegna il consulente? Questa retroattività, ammessa con precauzione ne' casi gravi ove la lesione fosse manifesta, punirebbe ben molte frodi, e riparerebbe ben molte ingiustizie. Si verrebbe, a parer nostro, a riempire una lacuna ben importante, se si rendesse comune ai deboli di mente la disposizione conservatrice della fortuna de' minori. Potrebbero, è vero, risultarne degli abusi; ma questi sarebbero meno gravi o men numerosi di quelli che risultano dallo stato della nostra legislazione a questo riguardo (1).

45. L' incapacità naturale che risulta dall' assenza della ragione, può non essere continua: accade spesso ch' ell' è in certo modo periodica, e che coloro i quali ne son colpiti hanno de' lucidi intervalli; da ciò accade puranche che la loro famiglia non dimanda la loro interdizione.

Colui che trovasi in tale condizione, non essendo nè sempre capace nè sempre incapace, le sue obbligazioni tengono dello stato della sua ragione nel momento in cui le ha consentite; quindi non v' ha dubbio che gli atti da lui fatti durante un lucido intervallo non sieno validi. È questa una conseguenza dell' art. 503-426, il quale non permette d' impugnare gli atti anteriori all' interdizione se non che quando la causa dell' interdizione avesse esistito notoriamente *all' epoca* in cui tali atti fossero stati fatti. (V., d' Aguesseau, nella sua arringa del 15 marzo 1698.) (2).

46. Notate che il lucido intervallo non è una semplice diminuzione, una remissione del male, ma è una specie di guarigione passaggera, una intermittenza sì chiaramente si-

(1) Il pericolo che segnala il nostro autore, ed il vuoto che vede nella legislazione, non ci pajono veri o esistenti. L' azione di dolo e frode sopperisce ai bisogni della società, e fuori del dolo e della frode, ci sarebbe veramente pericoloso di togliere alle contrattazioni la loro fermezza e le ordinarie garentie della legge.

(2) Sembra che si dovesse distinguere l' *epoca* dall' *istante*. Basta che all' epoca o nel tempo nel quale l' atto fu consentito, vi fosse stata incapacità, per doversi mantenere la nullità del medesimo ad onta de' lucidi intervalli. Gl' istanti non debbono entrare nei provvedimenti della legge. Questa nostra opinione è conforme ad una giurisprudenza quasi fermata nel nostro paese.

gnificata da essere del tutto simile al ritorno della sanità: e com' egli è impossibile di giudicare in un momento della qualità dell'intervallo, bisogna che questo duri per molto tempo per poter dare un' intera certezza del ristabilimento passaggero della sua ragione. *Leg. 6 de curat. fur.* Quindi segue che non bisogna confondere un' azione saggia con un lucido intervallo; perchè un'azione può essere saggia in apparenza senza che colui che n' è l' autore sia saggio realmente. L' azione non è che un effetto rapido e momentaneo dell' anima; l' intervallo dura e si sostiene. (D' Aguesseau, causa d' Orleans.)

47. Il sordomuto è anche naturalmente incapace di contrattare; non già perch' egli sia privo di ragione, ma perchè la sua infermità gl' impedisce di esprimere la sua volontà e di ascoltare l' espressione di quella degli altri.

48. Questa incapacità non è talmente assoluta che non possa esser vinta; però ella si è di molto diminuita da che, per gli sforzi felici della beneficenza e del genio, il sordomuto è stato reso alla società. Egli è dà quel punto divenuto capace di esercitare i dritti ch' ella conferisce e di adempiere i doveri ch' ella impone. (Bigot-Préameneu, nella sua Esposizione de motivi, al titolo delle Donazioni e de' Testamenti)

49. Ma fino a qual punto ha inteso il legislatore di farlo partecipare ai benefizii della vita civile, e piuttosto di esporlo ai pericoli da' quali egli vi dev' essere attorniato? Da qual punto comincia la sua capacità? a quai limiti si ferma? La legge non lo dice; ei lascia nell' incertezza. Dobbiamo conchiuderne che il legislatore ha creduto indispensabile di starsene ai tribunali; e lor ha lasciato la cura di esaminare nelle cause che lor sarebbero sottomesse se il sordomuto abbia manifestato la sua volontà e contrattato con cognizione di causa. Ciò che lo prova, si è che nell' art. 1123-1077 è detto che tutte le persone possono contrattare se non ne sono dichiarate incapaci, e che in niun luogo della legge trovasi una disposizione che dichiari tale il sordomuto.

Ciò che pure lo prova, si è quello che è succeduto nel Consiglio di Stato quando fu discusso l' art. 146-153. Il progetto di questo articolo dichiarava i sordomuti incapaci di contrarre matrimonio, a meno che non fosse provato essere eglino capaci di manifestare la loro volontà. Tale disposizione fu soppressa sull' osservazione del console Cambacérès; poichè, egli diceva, « questa disposizione ha unicamente per oggetto di spiegare che i sordomuti non pos-

» sono ammogliarsi se non che quando possono prestar con-
» senso, la disposizione si confonde con quella dell'art. 4
» secondo la quale non v'ha matrimonio se non v'ha consenso ».

Infine ciò risulta pure dal conferimento degli art. 1109-1063 e 1123-1077, secondo i quali ogni individuo che può manifestare la sua volontà può contrattare, so non ne è dichiarato incapace.

La capacità del sordomuto è dunque in generale *tutta di fatto*, e si riduce a questa quistione: Ha manifestato chiaramente la sua volontà? Il suo consenso è stato dato con cognizione di causa? — Del resto poco importa in qual modo l'abbia fatto.

50. Finora ci siamo occupati della capacità del sordomuto per le convenzioni in generale. In quanto alla facoltà di disporre, sia per donazione, sia per testamento, bisogna distinguere. Se non sa scrivere, egli non può disporre, poichè è impossibile che possa dare segni certi della sua volontà. *Si talis est testator qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est.* (*Leg.* 29, *cod. de testam.*; Pothier, Trattato delle donazioni, sez. 1, art. 1.) Ed è questo sì vero, che l'art. 936-860 lo rende incapace di figurare personalmente per accettarla in una donazione che gli è fatta; per più forte ragione egli è dunque incapace di figurarvi come donatore.

51. Se sa scrivere, niun dubbio v'ha ch' egli non possa fare un testamento olografo; poichè la legge non esigendo per la confezione di tal testamento che la condizione ch' esso sia scritto datato e sottoscritto di mano del testatore, il sordomuto è nel caso di sodisfare al voto della legge. (Inst. di Giust., lib. 2, tit. 2, §. 3.)

52. Egli può fare altresì un testamento mistico; ma fa mestieri che il testamento sia interamente scritto datato e sottoscritto di sua mano; sia da lui presentato al notajo e ai testimoni, e che in testa dell'atto di soprascrizione egli scriva in lor presenza essere la carta che presenta il suo testamento; dopo di che il notajo scrive l'atto di soprascrizione, nel quale si fa menzione che il testatore ha scritto quelle parole in presenza del notajo e de' testimoni. (Art. 979-905)

53. Ma potrà egli fare un testamento pubblico? potrà egli fare una donazione? Niun dubbio ch' egli sia incapace di fare un testamento pubblico; poichè secondo l'art. 972-897 cotesto testamento dev'essere *dettato* al notajo dal testatore ed il notajo non lo può scrivere che tal quale è *dettato*

Ora il sordomuto non può adempire a quella formalità, la quale è non pertanto sostanziale.

54. In quanto alla quistione di sapere s' egli può fare una donazione, v' ha maggiore difficoltà; e nulladimeno sembra che s'inclini per l'affermativa, a motivo che secondo l'art. 902-818 ogni persona può disporre per donazione tra' vivi se non ne è stata dichiarata incapace, e che il sordomuto non è per nulle mode colpite di cotesta incapacità. — Così appunto dice il sig. Favard de Langlade nel suo Repertorio alla voce Sordomuto (*Sourd-muet*): « Quando il sordomuto » vuol fare una donazione, nulla s' oppone a che egli scri- » va la sua volontà in presenza del notaje e de' testimoni, » e sottoscriva validissimamente la trascrizione che il no- » tajo ne ha fatta dopo averne preso lettura. » Vedasi pure quello che dice il Grenier, Trattato delle Donazioni, n. 283.

55. Allo stesso tempo che conveniamo essere l'opinione di questi due autori la più generalmente seguita, non siamo meno convinti ch' ella è in opposizione ai principii e inconciliabile con parecchie disposizioni del Codice civile. In fatti si osserva che il legislatore non si è occupato che in una sola circostanza della capacità del sordomuto a disporre de' suoi beni, ed è per autorizzarlo a fare un testamento mistico; che per una simile disposizione egli ha considerato come insufficienti la comparizione del disponente innanzi al notoio e ai testimoni, la sua sottoscrizione in piedi dell'atto, e la sua dichiarazione in testa dell atto di soprascrizione *che la carta ch' egli presenta è il suo testamento*; e che infine egli ha prescritto imperiosamente o come la sola che possa presentare una garanzia intera dell' intelligenza e della volontà del sordomuto, la condizione che il testamente fosso interamente scritto datato e sottoscritto di sua mano.

Or se la comparizione del sordomuto innanzi al notaje e ai testimoni, se la sua sottoscrizione in piedi dell' atto, se la stessa dichiarazione delle sue intenzioni, non sono sufficienti per render valida una disposizione che pure non dee avere il suo effetto che dopo ch' egli sarà morto; come supporre che basteranno per rendere valida una donazione che dee spogliarlo all istante e irrevocabilmente (art. 894-814), e le cui conseguenze possono essere tante più funeste quanto più sono irreparabili?

56. Invano si dice che il sordomute che vorrà donare, scriverà le sue intenzioni innanzi al notajo; imperocchè la legge non esige questa condizione, e certo non avrebbe il legislatore mancato di esigerla se avesse voluto che il sor-

dumuto potesse disporre de' suoi beni in tal modo. D' altra parte, il ripetiamo, questa dichiarazione è insufficiente (1) per la confezione di un testamento mistico; essa sarebbe dunque senza forza per render valida una donazione, che ben esige per parte del disponente una capacità egualmente intera.

57. Invano ancora si invoca l'articolo 902-818, secondo il quale « tutte le persone possono disporre per donazione » se non sono dichiarate incapaci »; poichè questo articolo dee essere posto d'accordo coll'articolo 1108-1062 giusta il quale il consenso della parte che s'obbliga è una delle condizioni essenziali per la validità delle convenzioni, ed ancora cogli antichi principii che consideravano il sordomuto come incapace di dare il suo consenso e specialmente di valutarne le conseguenze. *Mortuo similis est*, diceva la leggo 29 *Cod. de Test.* (2).

Or segue da tali diverse disposizioni e considerazioni, che il sordomuto essendo naturalmente incapace di manifestare la sua volontà, lo si presume impotente a dare un consenso sano e ponderato; che cotesta presunzione cessa bensì innanzi alle prove del contrario, ne'contratti puramente consensuali, perchè a riguardo di essi basta la prova del consenso, purchè sia manifestato; ma che poi contratti solenni, per le disposizioni per le quali il legislatore ha prescritte le forme e condizioni speciali che debbono render valido il consenso de' contraenti, il sordomuto è incapace, a meno che non fosse stato tolto alla sua naturale incapacità (3).

(1) L' Autore dimentica ch'egli qui non parlava della *dichiarazione* che il sordomuto dee scrivere in fronte al testamento mistico per renderlo valido, ma dello scrivere di proprio pugno tutte le sue disposizioni. A noi pare che quando nella donazione del sordomuto sieno riunite tutte le circostanze che rendono valido il suo testamento mistico, possa inferirsene la validità; e fra tali circostanze di gran peso è quella dell'atto scritto interamente di mano del donante.

Sembra ancora, secondo gli stessi principii dell'Autore, che possa ritenersi come valida la donazione del sordomuto, quand'egli nell'atto assistito sia da un consulente.

(2) Siamo sempre nello stesso caso: le nostre leggi non dichiarano il sordomuto incapace a prestar consenso; e gli antichi principii che cita l'Autore sono antecedenti all'abb. de l'Epée e a' suoi benemeriti successori.

(3) E qual maggiore prova di tal ritoglimento che lo scrivere il sordomuto di proprio mano le sue disposizioni? Ciò conferma quanto dicemmo nelle note precedenti. In quanto alla distinzione che fa l'A. fra contratti puramente consensuali (*per atto privato*) e contratti solenni (*per atto pubblico*), essa ci sembra fuor di luogo quando non voglia dirsi fuori legge. Ritenuta anche la distinzione, crediamo che ha voluto il legislatore considerare la maggiore o minor fede di verità, non già le persone che vi prendean parte. Non vi ha dunque ragione di escludere il sordomuto dal con-

Quindi egli non può fare testamento pubblico perchè non può *dettarlo*, e perchè il legislatore non l'ha punto dispensato da questa formalità S , nº. 53.

Quindi egli non può fare un testamento mistico, a meno cha non s'assoggetti a quelle formalità che gli sono stato imposte come una guarentigia della sua intelligenza e come necessarie alla manifestaziono della sua volontà. Art. 979-905.

Quindi, e a *fortiori*, è incapace di donare fra vivi, imperciocchè per simili contratti abbisogna l'espressa dichiarazione *che si dà*, ed il sordomuto è incapace di fare questa dichiarazione.

58. Si obbietta ancora, che poichè la legge ha permesso al sordomuto di faro un testamento olografo ed un testamento mistico, di contrarre matrimonio ec. ec. è da presumere ch'essa abbia altresì inteso permettergli di consentire una donazione tra vivi; rispondiamo, che non v'ha alcuna analogia tra quest'ultimo contratto a quelli onde abbiamo disopra fatto parola. Era giusto che il sordomuto potesse disporre dell'aver suo, a seconda de' sentimenti del suo cuore, per un tempo in che egli avesse cessato di esistere; era conveniente ch'egli potesse sposarsi, e far gli atti necessari all'amministrazione, alla conservazione, ed all'accrescimento della sua fortuna: privarlo di questo dritto sarebbe stato un privarlo di uno de' più preziosi vantaggi della vita civile. Ma non v'era alcuna ragione per accordargli il dritto di disporre dell'aver suo mediante donazione, ed anzi ve n'erano moltissime per privarnelo: il testamento, per esempio, è revocabile; colui, che non essendo libero, l'ha fatto, può benissimo rifarlo quanto volte la violenza è cessata; invece che la donazione, di rado utile al sordomuto, lo spoglia in una maniera irrevocabile, e può aver per effetto la sua totale rovina (1).

tratti solenni dapochè gli si è conceduta d'intervenire a quelli puramente consensuali. Anzi presentando i primi garenzie maggiori per le formalità che richiedono, sembra che per essi il consenso resti viemaggiormente accertato. Ed a noi pare (ed implicitamente ne conviene l'Autore) che provata la prestazione del consenso con cognizione di causa per parte del sordomuto, resti provata la sua capacità a consentire. Or qual maggiore pruova di ciò che la ragionevole scrittura del sordomuto stesso? A dirla in breve, il n. A. preoccupato forse dalle nozioni della romana giurisprudenza, non ha messo attenzione a questo, cioè che le nostre leggi non dichiarano incapaci i sordomuti, ed in conseguenza la loro incapacità è relativa alla mancanza di manifestazione della propria volontà, così ove la manifestazione sia evidente, invano s'invocherà una incapacità che più non esiste.

(1) L. A. non ha dimostrato punto come possa sciogliersi più o meglio un matrimonio o una vendita che una donazione. A noi non pare che possasi fermare una distinzione che non è nella legge e tanto meno nella ragione.

59. Parlando finora de' sordomuti, ci siamo solamente occupati di colui ch' era in modo assoluto privo dell' uso della parola. Se si trattasse poi di un sordomuto che potesse farsi intendere parlando, fosse pure col più grande stento, le disposizioni da lui fatte, i contratti da lui consentiti sarebbero validi. (§. *Utique*, ec. nell' Inst. *quibus non est permiss. fac. test.*)

60. Nel metter fine a questo soggetto, siaci pure concesso il far voti perchè il legislatore s' occupi in un modo più particolare della sorte del sordomuto. Non basta che la filantropia abbia assunto la cura della educazione di lui, e che il legislatore lo faccia partecipare a' vantaggi della società; uopo sarebbe che la vigilanza della legge divenisse più attiva, dal momento in cui egli più non si trova sotto il patrocinio de'suoi maestri. Uopo sarebbe illuminarlo nella sua inesperienza, e ch' egli avesse un mezzo di lottare contro i pericoli che lo circondano in un mondo a lui sconosciuto. Noi vorremmo che a motivo dello stato fisico della sua persona, dell' incertezza che abitualmente regna nella sua intelligenza e nella parte ch' egli prende agli obblighi che gli sono proposti, fosse considerato come minore, e che fosse sottoposto alle leggi su la minorità, od almeno che gli si desse un curatore, senza l' assistenza del quale non potesse alienare i suoi beni. Si rifletta per un solo istante alla legislazione che lo concerne, e si rimarrà colpito do' pericoli ond'egli è circondato. Se sa scrivere, egli può vendere, prendere a prestito, consumare la sua ruina; e pure simili atti sono tanto maggiormente a temersi per lui, in quanto che egli può con più facilità essere ingannato o violentato. Quanti di questi infelici sono stati spogliati, senza che pure avessero potuto far udire i loro lamenti.

Dell' incapacità civile.

61. V' ha incapacità civile in tutti i casi ne quali v' ha incapacità naturale; e ciò è la conseguenza dell'art. 1108-1062 che pone il consenso della parte che si obbliga e che dispone, nel numero delle condizioni essenziali per la validità delle convenzioni.

62. L' incapacità civile, propriamente detta, è quella dell' individuo che, essendo naturalmente capace di contrattare, n' è dichiarato incapace dalla legge.

63. Questa incapacità è eccezionale, essa non deve mai

essere estesa oltre i limiti che la legge ha stabiliti. Arg. tratto dall'art. 1123-1077 (1).

64. Essa è assoluta o relativa.

65. *L'incapacità assoluta* è quella che priva l'individuo che n'è colpito dell'esercizio de' suoi dritti civili.—È dessa la conseguenza della morte civile. Arg. tratto dall'art. 25 (2). » La morte civile » dice Merlin, nel suo Repert. V°. Morte civile » produce per riguardo alla società lo stesso effetto » che la morte naturale; essa rompe assolutamente tutti i le» gami ch'erano fra lei o colui che l'ha incorsa; questi si » reputa esistere solamente per una certa commiserazione » affatto indipendente dalle leggi (3) ».

66. Il morto civilmente è dunque incapace di consentire veruno degli atti introdotti dalla legge civile. Il legislatore gli ha solo riserbato i dritti che possono essere necessarii alla sua esistenza naturale: così, 1°. egli è capace di ricevere a titolo di alimenti, sia con atto tra' vivi, sia con testamento (*Discorso dell' Oratore del Governo*, *nell'Esposizione de' motivi* del tit. 1. lib. 1; *Arresto della Corte di Parigi del* 27 novembre 1813); 2°. egli può chiamare in giudizio i suoi figli per farsi dare gli alimenti (*Arresto della Corte di Parigi del* 18 agosto 1808); 3°. egli può acquistare a titolo oneroso o far commercio (Arg. tratto dagli art. 25 e 33) (4). Ma come non può personalmente presentarsi in giudizio, se dovesse muover lite ad alcuno, a causa de' dritti che gli sono riserbati, il tribunale avanti del quale egli produce la sua azione, è obbligato di nominargli un curatore che lo rappresenti (art. 25).

67. *L'incapacità relativa* è quella onde il legislatore ha creduto dover colpire taluni individui, solamente in ragione di certi atti, di certe disposizioni, o a causa delle circostanze nelle quali cotesti individui trovavansi essere nel punto in che la convenzione è stata consentita o la disposizione fatta.— Quest' incapacità esiste solo per quegli atti pe' quali è stata pronunciata; come del pari non ha luogo fuori delle circostanze che n'erano state il motivo.

68. Quantunque noi ci fossimo fermamente proposti di non approfondire gli esempii, dobbiamo pure succintamente

(1) Nell'originale si cita per errore l'art. 1103.
(2) Questo articolo è abolito. V. la nota seg.
(3) Abbiamo notato al n°. 13 che presso di noi è abolita la morte civile. esiste una scala di perdita di diritti civili la quale non ascende fino alla morte civile: della scala trovasi incidamente fatta e regolata dalle leggi penali, seconda parte del nostro codice.
(4) Abolito del pari.

esaminare talune delle incapacità prenunziate dal Codice, e che giornalmente dan luogo a litigi ed a quistioni.

Art. I. *Dell' incapacità de' minori.*

69. Han preteso alcuni giureconsulti che la minorità non dovesse esser giammai una causa di nullità, ma solamente una causa di rescissione nel caso in che il minore fosse stato leso; hanno essi creduto trovare il fondamento di questa opinione nella natura stessa di cotesta incapacità, la quale non poggiando principalmente sulla mancanza di ragione, ma sì bene su l' inesperienza e sulla troppo grande facilità del minore, non può avere altre fine se non che di evitare ch'egli sio leso; conformemente all' antica regola: *Minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus.*

Hanno inoltre preteso, che sarebbe di una grande economia pel minore il permettergli di fare ogni sorta di atti e di convenzioni senza le numerose formalità cui la legge il sottopone, e che non vi sarebbe per lui pericolo alcuno, poichè in ogni caso egli potrebbe far rescindere le obbligazioni onerese.

Finalmente, essi hanno creduto trovare, nella giurisprudenza, delle decisioni proprie a dissipare qualunque dubbio: hanno invocato un Arresto di Cassazione (Giuris. del 19°. secolo, 1826, 1. 169) che ha giudicato, che quando uno stabilimento industriale appartenente ai minori era stato venduto senza che fossero state adempiute le formalità prescritte per l' alienazione de' beni de' miuori, tale vendita poteva esser sostenuta, so fosse stata fatta da un usciere estimatore dopo apprezzamento dell'oggetto venduto fatto da una persona dall'arte, e se d' altronde apparisse manifestamente che il prezzo fosse un prezzo giusto e fosse tornato a vantaggio de' minori; e che, sostenendo una simile vendita, una Corte non veniva a porsi punto in contraddizione con l' art. 452-375.

70. Le considerazioni su le quali poggia quest' arresto sarebbero abbastanza importanti per farci desiderare la revisione de' diversi articoli del Codice che riguardano i minori: spesso in fatti noi abbiamo doplorato le lungherie e le spese delle proceduro relative alla vendita o alla divisione de' loro beni; e spesso ci siamo convinti che queste spese assorbivano il valore dei beni che la legge avova per oggetto di conservare. Intanto queste considerazioni, comunque fortissime, non possono dispensaro dall' osservanza della legge, o secon-

do noi, questa è in opposizione formale con l'arresto su citato — La quistione essendo importante, abbiam creduto doverla esaminare.

71. In tutte le legislazioni si è stimato che i bisogni e gli interessi de' minori lor potevan rendere necessarii gli stessi atti, gli stessi obblighi che i maggiori sono usi a consentire; in fatti questi minori appartengono alla grande famiglia sociale; essi hanno una fortuna da conservare o da acquistare; e colpirgli d'un'incapacità assoluta, sarebbe stato un'ingiustizia evidente, sarebbe stato finanche esser ingiusti verso di essi non permettendo loro di fare da per sè stessi o mediante i loro tutori tutti quegli atti che rientrono nell'esercizio de' dritti civili.

72. Pur non di meno mentre i legislatori riconoscono in quanto a ciò i dritti del minore, non han punto perduto di vista ch'egli non era di un'età abbastanza matura e di un'esperienza abbastanza avanzata da poter discernere ciò ch'è utile da ciò che non è tale, e da potere sfuggire all'insidie che la cupidigia di continuo gli tenderebbe; essi hanno compreso che sarebbe stato un'imprudenza il lasciare in balia di lui la sua fortuna, o puranche abbandonarla al libero arbitrio di un tutore ignorante o di mala fede, permettendo all'uno od all'altro o a tutti e duo simultaneamente di assumere qualunque sorta di obbligo.

73. Epperò ban quindi dovuto distinguere fra questi obblighi, quelli che sarebbe necessario sottoporre a condizioni o formalità speciali la cui osservanza offrirebbe la guarentigia che gl'interessi dei minori non sarebbero punto compromessi, e quelli al contrario de' quali sarebbe stato inutile occuparsi in un modo particolare, poichè il dritto che avrebbe il minore di farli annullare o rescindere in caso di lesione, sarebbe una guarentigia abbastanza forte per la conservazione de' suoi interessi.

74. Quindi il bisogno di distinguere fra tali obblighi quelli che sarebbero *nulli nella forma*, cioè a dire, quelli che sarebbero fatti in onta alle disposizioni speciali richieste dalle leggi su la minorità come guarentigia degli interessi del minore, e quelli che non essendo stati sottoposti a queste formalità o a queste condizioni sarebbero solamente *rescindibili per causa di lesione*. — Questa distinzione essendo fondata su l'ordine pubblico, è stata sempre di un utile incontrastabile, ed è stata sempre ammessa in tutte le legislazioni che ci hanno preceduto.

75. La legge romana, della cui massima quotidiana-

mente ci serviamo : *Minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus*, ammetteva del pari che in certi casi la minorità era una causa di nullità delle convenzioni, senza che fosse d'uopo di provare nè finanche di allegare la lesione: poco monta, essa diceva, la tenuità del prezzo, quante volte i beni del minore sono stati venduti senza osservare le formalità prescritte : *Supervacuum est tibi de vili praetio tractare cum Senatus-Consulti autoritas retento dominio alienandi viam obstruxerit.* (Leg. 11 *Cod. de praed minor sine decret non alien.*)

Nella legge 49 *ff. de minor.*, Ulpiano consacra la distinzione fra gli atti nulli e gli atti rescindibili : *Si res pupillaris*, dice egli, *vel adolescentis distracta fuerit* quam lex distrahi non prohibet, *venditio quidem valet* : *verumtamen si grande damnum pupilli vel adolescentis versetur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.*

Potbier nelle sue Pandette, lib 4, tit. 4, n° 14, in nota, cita le parole : *quam lex distrahi non prohibet.* Ed aggiunge molto acconciamente : *Nam si ea res sit quam lex distrahi prohibet, puta praedium rusticum, distractio ipsa jure nulla est, nec opus est restitutione.*

76. Nell' antica giurisprudenza s' era del pari consacrata la distinzione fra gli obblighi nulli per vizio di forma, e quelli contro i quali il minore era solo restituibile in caso di lesione : così per esempio, era indubitato che la vendita de' beni immobili del minore senza l'osservanza delle formalità prescritte dalle leggi di allora su la minorità, era nulla di piena dritto. « Fra le cose che non si possono vendere » dice Potbier, al Contratto di vendita, n. 14, « si noverano le eredità e gli altri immobili de'minori, de» gl' interdetti, della Chiesa, ec. Queste cose non possono » vendersi, quando non fosse per una giusta cagione, in vir» tù della sentenza del giudice, ed osservando prima di o» gni altro alcune formalità (1) ».

Ecco una decisione che prova sino a qual punto i parlamenti erano schiavi della legge Romana della quale noi ora abbiamo parlato. — Un tal signor Martel, con atto del 12

(1) Si può vedere del resto ciò che dicono: *Dumoulin, nel suo Comentario su l'art. 175 della Consuetudine del Borbonese*, *Argou, Inst. del dritto francese*, *vol. 2*, *pag. 479*; *Louet su Brodeau e gli arresti che egli cita, lettera A*, *num. 3*: *Albert*, *v. Minore*; *Rousseau de Lacombe*, *v. Decreto n. 4.* Finalmente possonsi legger due *Arresti del Parlamento di Tolosa*, *riportati nel Journal du Palais*, *v. 3*, *pag. 486*, *e v. 5*, *pag. 328*. (*N. dell' Autore*).

aprile 1694, comprò da Maria Faubic una vigna dell'estensione di circa trenta jugeri; la venditrice dichiarò agire in qualità di madre, tutrice e legittima amministratrice della persona e dei beni del suo figlio minore, cui la vigna apparteneva nella sua qualità di solo ed unico erede di suo padre; inoltre dichiarò che la successione del suo marito era gravata di molti debiti ch'ella non potava sodisfare; che all'incontro ella stentava a campar la propria e la vita di suo figlio; che veduta la sua grande angustia era stata consigliata dai suoi buoni parenti ed amici, per evitare il dissipamento di tutti i suoi beni, di venderno una parte.—Fu questa vendita dunque consentita al prezzo di 700 franchi. La madre nel contratto stesso assegnò il denaro al pagamento de'creditori, i quali fecero nel medesimo tempo il rilascio ognuno del quanto del suo credito.—Fuvvi mai una vendita più vantaggiosa!—Pur non di meno nel mese di settembre 1710, il minore divenuto maggiore fece citare Martel perchè rilasciasse la vigna, per la ragione che egli era pupillo quando sua madre l'aveva venduta, e che le solennità ordinate dalle leggi, *toto ff. tit. de reb. eor. qui sub tut. vel curat. sunt, et cod. de praed. min. sine dec. non alien.*, per l'alienazione de' beni de' minori, non erano state punto osservate; dimandò ancora la restituzione de' frutti, offrendosi a rimborsare la somma de' settecento franchi con gl' interessi.

Martel all'incontro sostenne il suo contratto: ei si fondava, 1° su la necessità della vendita, necessità che risultava da' molti sequestri sui beni del minore; 2° sull'essere stata vantaggiosa al minore, non solo perchè i creditori erano stati pagati sul prezzo, ma anche perchè avevano ceduto il quarto del loro credito; 3° *perchè non ervvi stato punto di lesione.* — Per queste ragioni, conchiudeva che la vendita dovea esser mantenuta *ex aequo et bono.* — Aggiungeva a ciò, che su la fede di questo acquisto e di un titolo che sembrava sì valido, egli aveva fatto fabbricare una casa comoda ed abitabile ad una delle estremità di questa vigna, ed avea pur fatto varii acquisti ne' luoghi vicini; in fine, e subordinatamente, conchiudeva perchè l'istante fosse condannato a pagargli il valore della casa ch'egli avea fatto costruire: essendo di regola che ogni qual volta si fabbrica con un giusto titolo s'ha tutta la ragione a dimandare d'esser rimborsato del valore del fabbricato.

Su di ciò, sentenza che condanna Martel a rilasciare la vigna con restituzione de' frutti secondo il parere de' periti; gli accorda gli accomodi utili, necessarii e permanenti;

gli permette di portar via i materiali adoprati per la costruzione della casa ch' egli ha fatta fabbricare su la detta vigna, senza per altro cagionare a questa alcun deterioramento, restando a peso dell' istante di rimborsargli la somma de 700 franchi con gl' interessi dal giorno del contratto.

Fu rigettato l' appello di Martel per le ragioni di sopra esposte.

77. Questa decisione è degna di osservazione in quanto che sembra che tutte le più favorevoli circostanze fossero riunite a pro dell' acquirente. La giustizia e tutte le convenienze erano in suo favore; per contrario il minore presentavasi sotto l' aspetto più sfavorevole; sua madre aveva venduto per conservargli il suo avere, per pagarghi i debiti, per aver de' rilasci; egli non avea sofferto lesione veruna, e pur nondimeno aveva intentato querela! Certo, non cadeva dubbio alcune au la causa se si fosse trattato di applicare la massima: *Minor non restituitur tamquam minor*, *sed tamquam laesus*; ma come non era questa regola che bisognava applicaro, come la vendita era stata fatta senza l' osservanza delle formalità specialmente richieste dalle leggi su la minore età, *la vendita era nulla di pieno dritto*, quindi non potea esser conservata sotto verun pretesto. *Supra*, n°. 15.

78. Del rimanente l' opinione ch' era servita di fondamento a quest' arresto era si generalmente sparsa, che so è d' uopo credere a quanto è riferito da Bonifacio, lib. 4, tit. 9, cap. 2, dell'Alienazione de' beni de' minori, *essa non era impugnata nè da alcun dottore nè da alcun parlamento*.

79. Dippiù, l' incapacità del minore e quella del suo tutore per effettuare la vendita de' beni immobili del primo, erano tanto assolute, che cotesta vendita non poteva aver luogo, finanche de' beni a lui donati o legati colla permissione di vendere amichevolmente.

80. Tal ora, sotte l'antica giurisprudenza, l'opinione generale su la quistione di sopra esposta. Il Codice civilo l'ha modificata? Certamente che no.

L' art. 481-407 dispone espressamente che il minore » non potrà vendere nè alienare i suoi immobili, nè fare » alcun altro atto oltro quelli di pura amministrazione, » senza osservare le formalità prescritta al minore non emancipato: in quanto alle obbligazioni ch' egli avesse contratto per » effetto di compre e altrimenti, *saranno riducibili in caso* » *di eccesso* ». — Como ben si vede, quest' articolo vieta positivamente al minore di fare gli atti che hanno per oggetto l' alienazione de' suoi immobili senza osservare le formalità

specificamente richieste. In vece che per gli atti di compra o di amministrazione e altre obbligazioni in generale, l'articolo non le vieta punto al minore; che anzi gli permette di consentirle, riservandogli nondimeno il dritto di farle rescindere o ridurre in caso di eccesso. — Dunque v'ha una differenza fra queste due specie di obblighi, perchè non sarebbe ragionevole il pretendere che vadano del pari *gli atti vietati e gli atti che punto non lo sono.*

81. Ma, quale è questa differenza? Non può esservene che una, vale a dire che dove questi ultimi obblighi si posson rescindere solo in caso d'eccesso, gli altri son nulli *di pieno dritto*, solo perchè la formalità prescritte dalla legge per la loro confezione non sono state punto osservate; questa è la sola conseguenza ragionevole del divieto fatto al minore dagli articoli 457-380, 484-407, ed è pur quella che risulta dalle altre disposizioni della legge. L'art. 1311-1265, dispone in fatti che il minore non può essere ammesso a reclamare contro l'obbligo ch'egli aveva sottoscritto nella minore età, quando l'abbia ratificato nell'età maggiore, e che quest'obbligo *fosse nullo nella forma*, o che fosse *solamente soggetto* alla restituzione.

Questa fu almeno la spiegazione data dall'oratore del governo che fu incaricato di presentare il titolo delle obbligazioni; dopo aver detto che la semplice lesione darebbe luogo a rescissione in favore del minore non emancipato contro qualsivoglia specie di convenzione, e in favore del minore emancipato contro qualsivoglia convenzione ch'eccedesse i limiti della sua capacità, egli soggiunge: « Quello che concerne » l'alienazione degli immobili, è sottoposto a regole parti- » colari ».

82. È dunque fuori dubbio che il Codice civile ha mantenuto gli antichi principii su l'incapacità del minore; che non altrimenti che ne' tempi andati, lo minorità può essere una cagione di nullità, o che in questo caso è inutile di occuparsi del punto di sapere se il minore è stato leso dall'obbligo di cui egli dimanda la nullità.

83. Stabilita questa prima proposizione, ci rimane ad esaminare quali sieno fra gli obblighi consentiti dal minore quelli che *son nulli di pieno dritto*, e quelli che *sono solamente soggetti a rescissione.* — Gli art. 484-407 e 1311-1265 rispondono a questa dimanda. Ne risulta in fatti che i *primi* son quelli che a motivo della loro importanza sono stati sottomessi a condizioni e a formalità speciali, e che sono stati fatti in onta di queste condizioni e di queste formalità. — Tali

sono: 1° la vendita dei mobili del minore senza le formalità prescritte dall' art. 452-375; 2° la vendita di un immobile appartenente al minore senza osservare le formalità prescritte dagli art. 457-380 e segg.; 3° la divisione di una successione, della quale una parte appartiene a un minore, e per la quale non s'è agito conformemente alle disposizioni dell' art. 838-757 e ad altre che vi sono indicate; 4° la transazione fatta dal minore o dal suo tutore senza osservare le disposizioni recate dall' art. 467-390.

I secondi sono quelli che, non essendo sottoposti a condizioni o a formalità speciali, racchiudono obbligazioni che pregiudicano il minore. Tali sono le compre e qualunque altra obbligazione in generale (art. 481-107). È certo che in simili atti la forma non vegliando pel minore, come negli obblighi della prima specie, bisognava che il giudice potesse venire in ajuto di quest' ultimo se questo ajuto fosse necessario, e che potesse rescindere un' obbligazione troppo onerosa.

84. Osservisi d' altra parte che gli obblighi che il legislatore ha sottoposti a formalità o a condizioni speciali, han riguardo il più delle volte ai beni del minore. Era conveniente che il legislatore annullasse tali atti di pieno dritto, quando avessero avuto luogo senza le formalità richieste per la loro validità, per la ragione che, per riguardo ad essi, l'azione per rescissione a causa di lesione quasi sempre non sarebbe nè abbastanza pronta nè di un effetto così sicuro quanto l'azione per nullità. Nella vendita degli immobili, per esempio, il minore che volesse provare la lesione, sarebbe tenuto di provocare una perizia, le cui operazioni lunghe e dispendiose lo scoraggerebbero al certo, e per queste stesso potrebbero nuocere all' esercizio del suo dritto; in certo modo egli sarebbe obbligato di sottoporre la sua fortuna alla decisione di tre periti, ignoranti il più sovente, circonvenuti alle volte da un astuto avversario, e spesso sarebbe nell' impossibilità di far verificare i deterioramenti il cui apprezzo è intanto indispensabile per provare la lesione per la quale ha a querelarsi.

Quali perdite, quali ostacoli non soffrirebbe il minore dall' esercizio di una siffatta azione, dall' incertezza del suo risultamento? Quante volte non succederebbe che la difficoltà di poter procurarsi le spese enormi ch' egli sarebbe tenuto d' anticipare, lo metterebbe nell' impossibilità d' agire? Gli si prestano facilmente i danari che possono abbisognarli per mandare innanzi l' effetto di un' azione per nullità, perchè, in questo caso, la risoluzione dell' atto essendo la con-

segnenza naturale e certa del violamento delle forme, v' è d'uopo di una piccola anticipazione, e pochi sono i rischi a'quali può andarsi incontro; mentre che in riguardo agli obblighi de' quali abbiamo testè parlato, la prova della lesione essendo dubbia e non potendo stabilirsi che con una procedura fatta con grandi spese, non sarebbe altri esposti a fare le necessarie anticipazioni. Ne verrebbe quindi questo grave inconveniente, che quanto più l'acquirente dell'immobile del minore lo lascerebbe peggiorare, tanto più renderebbe dubbiosa la perizia ed incerto il risultamento; e quanto più renderebbe difficile l'azione del minore divenuto maggiore, tanto più moltiplicherebbe gli ostacoli; or questi ostacoli soli bastano per istabilire la lesione e per viziare l'atto col quale il minore avrebbe contratto degli obblighi di simil fatta. *Minoribus viginti quinque annis, subvenitur non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.* Leg. 6. ff. de minor.

85. Quanto agli obblighi che non sono stati sottoposti a formalità speciali, si osserva ch' essi si legano in modo più particolare all' amministrazione de' beni del minore; or per siffatti obblighi, l'azione per rescissione è sufficientissime, poichè è ben raro che facondoli il minore possa compromettere il suo avere.

86. Dobbiamo rispondere ed un' obbiezione presa dell'art. 1304-1258, che sottopone alla stessa dilazione l'azione per nullità e l'azione per rescissione; se n'è tratta la conseguenza che per rapporto agli atti del minore questo due azioni doveano essere confuse, o più tosto non ne formavano che una sola; quest'è un errore. L'art. 1304-1258 altro non fa che riprodurre le disposizioni dell'articolo 134 dell'Ordinanza del 1539, che, quantunque sottomettendo alla stessa durata l'azione per nullità o l'azione per rescissione, consacrava pur tuttavolta la distinzione degli atti nulli nelle forma e degli atti solamente rescindibili. In fatti leggesi in quell articolo: « Noi » vogliamo risolvere alcune difficoltà e diversità di opinioni » che sono insorte per l'innanzi circa il tempo in che possonsi » cassare i contratti fatti da'minori; ordiniamo che dopo l'età di » 35 anni perfettamente compiuti, non si potrà più pel riguardo » del privilegio in favore della minorità dedurre nè procedere per l'annullamento de'detti contratti, come attore o come » convenuto, mediante lettere di riabilitazione o di restituzione, od altrimenti, sia *per via di nullità* per l'alienazione de beni » immobili fatta senza decreto nè autorità della giustizia, *o* » *per lesione, decezione, nè circonvenzione*, se non nello stesso

» modo che ne' contratti di simil fatta sarà permesso a' maggiori di far procedere per riabilitazione od altra via per» messa di dritto ».

87. La disamina da noi fatta ci fa credere che al presente del pari che sotto l'antica giurisprudenza, secondo ne fa fede Louet su Brodeau lett. A, num. 5, nè il minore, nè il suo tutore per lui potrebbero consentire la vendita de' beni immobili che fossero stati donati o legati al primo colla facoltà di venderli in modo amichevole. — Essendo le formalità prescritte per vendite di simil fatta sostanziali, e nelle vedute d'ordine pubblico, niuno può dispensare dal loro adempimento.

88. Nulladimeno noi ammetteremmo un'eccezione che potrebbe esser moltissimo vantaggiosa a' minori e che non li esporrebbe a danno di sorta; pel caso cioè in cui un testatore lor legherebbe una proprietà immobile, *sotto la condizione* che essi dovessero venderla fra uno spazio di tempo determinato *per un prezzo determinato del pari*, e che dovrebbe impiegarsi a pagare i debiti del legatario. In simile caso non v'ha dubbio che la vendita essendo l'esecuzione di una condizione senza la quale il minore non sarebbe punto proprietario del fondo venduto, sarebbe valida, quante volte però il legato fosse stato accettato dal tutore o dal minore nelle forme legali; noi siam di parere conforme al giureconsulto Romano, che non è necessario che l'autorità giudiziaria intervenga in una siffatta vendita per calmare l'inquietudine del tutore, perciocchè egli altro non fa ch' eseguire la volontà del defunto.

89. Nell'interesse dei minori, noi desidereremmo moltissimo che siffatta disposizione divenisse comune; che un padre, per esempio, avente de' figli minori, e che dovesse il quarto del suo avere, potesse loro legare degli immobili determinati, sotto condizione che il loro tutore li venderebbe per una somma che sarebbe stabilita nel testamento, e che sarebbe immediatamente impiegata a pagare i debiti della successione. Una tale disposizione, quando non eccedesse la quota disponibile, non potrebbe andar soggetta ad alcuna difficoltà, ed in sostanza conserverebbe il più delle volte i beni di un minore.

90. Il minore è tolto alla sua incapacità per le convenzioni o le donazioni che fanno parte del suo contratto di matrimonio; perciocchè ben si comprende che sarebbe stato all' intutto inutile che il legislatore avesse permesso a' minori di contrarre matrimonio, se nel tempo stesso non avesse loro permesso di consentire le convenzioni senza le quali il più

delle volte il matrimonio non potrebbe aver luogo; solamente fa d'uopo che prestando il lor consenso a queste convenzioni o donazioni, sieno essi assistiti dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio (art. 1095-1049, 1398-1352).—Questi due articoli rendono stabile l' antica regola: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*.

91. Gli articoli 1095-1049, 1398-1352, che permettono al minore che si ammoglia di consentire ogni convenzione o donazione di cui è suscettibile il contratto di matrimonio, modificano essi gli articoli 457-380 e 484-407 che gli vietano di alienare i suoi beni immobili, di maniera che la figlia minore possa, nel costituirsi de' beni di tal natura, dar potere al suo futuro sposo a venderli senza osservare le formalità prescritte dall' articolo 457-380?

Altre volte questa quistione era assai controvertita. Le leggi Romane non volevano che la figlia minore potesse dare un potere tanto esteso al suo futuro sposo, e la maggior parte de' giureconsulti che hanno scritto su l' antica giurisprudenza francese erano dello stesso parere: possono consultarsi le leggi citate da Roussille, Trattato della dote.

All' opposto il Parlamento di Tolosa ammetteva in tutta la sua estensione la regola: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*: ed autorizzava la figlia minore a dare al suo futuro sposo il potere di vendere amichevolmente gl' immobili ch' ella si costituiva in dote. Consultisi Catelan ed il suo comentatore Vedel, liv. 4, cap. 45, e lib. 5, cap. 26.

Basta leggere le disposizioni degli articoli 1095-1049 e 1398-1352, per rimaner convinto che il legislatore ha adottato l opinione del Parlamento di Tolosa. Il secondo di questi articoli dispone soprattutto, che il minore abile a contrarre matrimonio è abile a consentire *tutte le convenzioni e donazioni* delle quali il contratto è suscettivo, ec. Or, chi dice *tutto* non eccettua nulla. — Come, d altronde, sarebbe possibile di supporre che una disposizione sì precisa, sì generale, non potesse applicarsi alla costituzione di dote con permesso di vendere, quando è indubitato che, di tutte le clausole che si stipulano ne' contratti di matrimonio che fanno si nel mezzogiorno della Francia e nelle provincie che osservavano il dritto Romano, è ona di quelle alle quali le parti contraenti sono più attaccate e che perciò più che ogni altra cosa ha dovuto occupare la mente de' legislatori?

92. Senza andar più per le lunghe in questa quistione, ci limiteremo a riferire il passo seguente ch' è estratto dal

Trattato del contratto di matrimonio del signor Bellot, e che ci sembra esprimere i veri principii. « L'articolo 1095-1049 permette al minore di donare tutto ciò che un maggiore potrebbe donare, s' egli è assistito da coloro il cui consenso gli è necessario per potersi ammogliare. Donare è più che vendere, l' atto è più ruinoso; e se uno di questi contratti dovesse esser proibito al minore che si ammoglia, sarebbe senza alcun dubbio il primo. Se un minore; può donare un immobile al suo congiunto, non vediamo perchè questo minore non possa permettere al suo congiunto di venderlo. E da credersi che i parenti non lo permetteranno che pel bene del minore, e, come la moglie ha un' ipoteca legale su' beni di suo marito, quest' alienazione non è tanto pericolosa per la moglie quanto si può credere. È dessa contraria alla legge? Non è contraria agli articoli 1309-1263 e 1398-1352. Lo è forse agli articoli 1125-1079 e 457-380? Sì, ma questi articoli sono modificati dall'articolo 1398-1352. E non potrebbe forse il minore, assistito da coloro il cui consenso è necessario pel suo matrimonio, fare un' ammobigliamento? Sinceramente crediamo ch' egli il possa: se ciò gli è permesso, questa è pure un'alienazione, alienazione le cui conseguenze non sono minori di quella onde si tratta. Stentiamo a credere che un arresto della Corte reale di Riom, del 19 novembre 1809, che giudica il contrario, possa stabilire la giurisprudenza. L' alienazione che ha fatto la donna minore, nella specie, è una vera convenzione del matrimonio che può esser per lei di un vantaggio evidente. La legge dicendo che il minore assistito può fare tutte le convenzioni che potrebbe fare un maggiore, parla in modo troppo generale per credere che v' abbia eccezione pel caso proposto ec. » Dalloz, t. 19, pag. 392 (1).

93. Come deve decidersi la quistione di sapere cioè se la minore che si marita può, con l' assistenza di coloro il cui consenso è richiesto per la validità del suo matrimonio, consentire che la sua ipoteca legale sia ristretta a certi immobili del suo futuro sposo?

Se non fosse d' uopo consultare che le disposizioni generali dell' articolo 1398-1352, è certo che la futura sposa avrebbe questo potere, poichè è abilitata da quest' ar-

(1) A confermare la sentenza dell'A. e di tutti coloro che la sostengono, si può aggiungere che nel consenso necessario al matrimonio del minore rivelasi una garanzia fortissima della regolarità de' patti matrimoniali. Chi impedisce a coloro che debbono dare il consenso di condizionarlo alla natura e bontà di que' patti e delle tavole nuziali?

ticole a fare tutte le convenzioni delle quali è suscettivo il suo matrimonio. Ma la quistione debb esser giudicata coll'articolo 2140-2034 del Codice stesso che dispone che « quando nel » contratto di matrimonio le parti *maggiori* avranno convenuto che non sarà presa iscriziono che su d'uno o più im» mobili del marito, gl'immobili non indicati per l'iscrizione » resteranno liberi ed esenti dall'ipoteca, per la dote della » moglie e per le sue spettanze (*reprises*) e convenzioni ma» trimoniali, ec ».

Occupandosi questo articolo di una facoltà eccezionale il cui esercizio può esser di molto pregiudizio ad una sposa, esso non la concede se non a quella ch'è *maggiore*. Quindi viene a negarla a colei che non abbia ancora ventun anno. Le parole della legge sono precise, e ci dispensano dall'enumerare i motivi di siffatta restrizione. — Non esitiamo dunque a sostenere, che se per l'articolo 1398-1352 il legislatore ha tolto il minore all'incapacità cui andava soggetto per gli articoli 457-380 e 484-407, lo stesso articolo 1398-1352 è stato modificato dall'articolo 2140-2034. — Se ci fosse il minimo dubbio, deve svanire innanzi a un arresto della Corte di Cassazione i cui considerandi sono decisivi.

» La Corte, dopo averne deliberato, atteso che l'articolo » 2140-2034 non ha permesso che a la donna *maggiore* di » ristringere, nel contratto di matrimonio, la sua ipoteca » legale a taluni immobili del marito specialmente designati.

» Che quando cotesta restrizione è in siffatto modo o» perata dalla donna *maggiore*, la sua ipoteca si concentra » negli immobili designati; che in questo caso tutti gli altri » immobili del marito sono esenti dall'ipoteca legale.

» Che l'articolo 2140-2034 non avendo accordato questa » facoltà che alla donna *maggiore*, non si potrebbe, senza » estendere questa disposizione, applicarla alla donna minore, » la quale deve, per conseguenza, conservare la sua ipoteca » intiera come la legge gliela conferisce, tanto per la con» servazione della sua dote che per la sicurezza delle sue » spettanze matrimoniali.

» Che la facoltà di questa restrizione fu agitata, per » la prima volta, al Consiglio di Stato, quando vi si trattò » dell'ipoteche e de' privilegi.

» *Che la discussione dissipa tutti i dubbii che sono insorti* » *su questa quistione.*

» Che, in fatti, al Consiglio di Stato si emisero del» le opinioni affatto opposte

» Che una di queste opinioni tendeva a non ammettere

» la facoltà di restringere l' ipoteca legale, nè per riguardo » alle donne minori, nè per riguardo alle donne maggiori;

» Che l' opinione opposta tendeva, per contrario, a permettere una restrizione, non solo alle donne maggiori ma » ancora alle donne minori.

» Che la dissidenza dell' opinioni cessò tosto che s' ebbe proposta una nuova compilazione dell' art. 2140-2034, » nel modo che oggi si trova nel Codice;

» Che, mediante questa nuova compilazione la facoltà di » restringer l' ipoteca fu limitata alle parti *maggiori*, mentre » che, colla prima compilazione, essa era indefinitamente accordata alle parti, senza distinzione di maggiorità e di minorità;

» Che questa discussione e questa nuova compilazione » dimostrano che non si è inteso permettere e che non si è » realmente permesso che alla sola donna maggiore di restringere la sua ipoteca legale, e che s' è inteso rifiutare » questa facoltà o che realmente s' è rifiutata alla donna » minore.

» Che gli art. 1309-1263 e 1398-1352 che autorizzano, in generale, i minori a fare ne' contratti di matrimonio, col consenso de' loro parenti, tutte le convenzioni onde questi contratti sono capaci, non s' adatta che » alle convenzioni che non sono in particolar modo regolate dalla legge; — che in fatti malgrado questi articoli il legislatore non ha meno limitato alla donna maggiore » la facoltà di restringere l' ipoteca legale ec., ec.; Rigetta: » — 19 luglio 1820. Dalloz, t. 17, p. 519. Arresto nel senso contrario, Parigi, 10 agosto 1816, Dalloz, t. 27, p. 269.

94. Tali sono le regole dell' incapacità de minori. La legge, uopo è dirlo, ha di troppo aumentate le formalità e le spese, ed anche per questo, ha fallito lo scopo che s' era proposto, quello di conservare la loro fortuna. Ed in verità quanti piccoli patrimonii non si son veduti divorati dal fisco, dalle perizie, dagli avvocati! E quante volte il minore non ha dovuto deplorare quella protezione onde s' era voluto circondarlo!

La nostra legislazione è incompiuta, essa è rigorosa anche verso i minori; ed per noi è un dovere di rinnovare i voti, che di continuo da tanto tempo si fanno, per ottenere che ella sia riveduta e modificata.

95. Perchè, per esempio, un padre, un parente, un amico che lasciano i loro beni a' minori non dovrebbero avere

il dritto di autorizzare questi minori, s'essi sono in età d'essere emancipati, o i loro tutori, a vendere amichevolmente questi beni ad un prezzo il cui *minimum* sarebbe stabilito dalla donazione o dal testamento; a con l'obbligo d'impiegare questo prezzo a pagare i debiti del minore, a il passivo della successione? La tenerezza del padre, l'amicizia del parente o del benefattore, la conoscenza ch'essi hanno del valore de' lore beni, non sarebbero una bastevole guarentigia dell'utilità di siffatte disposizioni? Supra, n°. 87 e 88.

96. Perchè dippiù un tutore, un minore emancipato non potrebbero essere autorizzati a consentire la divisione di una successione nella quale quest ultimo avrebbe parte? Perchè la legge non permette che queste porzioni, fatte dalle parti, fossere tirate a sorte, in pubblica udienza, e che l'atto, contenente le altre operazioni della divisione, fosse omologato, dopo rapporto, e su le conclusioni del ministero pubblico? Si crede forse che queste precauzioni non sarebbero sufficienti? E non c'insegna di continuo l'esperienza che le formalità che attualmente s'esigono non offrono ai minori guarentigie più reali? (1).

Art. II *Dell' incapacità della donna maritata.*

97. La moglie separata di beni, non può donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito o oneroso, senza il concorso di suo marito nell'atto, o il suo consenso in iscritto (art. 227-216).

98. Questa facoltà dev'essere speciale; qualunque facultà data in genere, anche stipulata nel contratto di matrimonio, non potrebbe valere che per l'amministrazione de' beni (art. 228-212 o 1538.)

99. La mancanza di permesso maritale produce la nullità dell' obbligo della moglie, art. 225-214, poco monta che quest' obbligo le sia vantaggioso o svantaggioso, poichè il permesso non è richiesto in suo favore, ma si bene in favore di suo marito, e per mantenere il potere che egli ha su' beni da lei portati nella comunità conjugale.

100. La moglie non può del pari stare in giudizio, senza che sia facultata da suo marito, fosse ella pure mercantessa pubblica o in commune, o separata di beni, art. 215-204.

(1) Consultisi il Trattato delle Minorità cc., pubblicato in 1 vol. alla libreria di Giurisprudenza di H. Tarlier. (*N. dell' Autore*)

— In mancanza di questa facoltà ella non può essere molestata per eundanno profferite contro di lei.

101. Questa facoltà non è necessaria alla moglie per comparire in giudizio quando ella è citata in materia criminale a di polizia; art. 216-205.

102. La moglie, quand è mercantessa pubblica, può, senza la facoltà di suo marito, obbligarsi per quel che riguarda il suo negozio; e in questo caso, ella obbliga ano marito, se v' ha comunità fra di loro — Ella non è riputata mercantessa pubblica, quando altro non faccia che vendere alla spicciolata le mercanzie di suo marito, ma solamente quando fa un traffico separato; art. 220-209.

103. Ella può far testamento senza la facoltà di suo marito; art. 226-215. — Il testamento, in fatti, dev' essere la libera manifestazione della sua volontà; e non lo sarebbe punto, so v' abbisognasse il consenso di suo marito. — Osservate d' altra parte, che il testamento non deve avere effetto che alla morte, vale a dire, in un' epoca nella quale il matrimonio essendo disciolto, il potere maritale più non esiste.

104. Se il marito ricusa di facultare la moglie a fare qualche atto, essa può farlo direttamente citare avanti il tribunale di prima istanza del circondario dal domicilio comune, che *può* dare o negare la sua autorizzazione, dopo che il marito sia stato inteso o debitamente chiamato nella camera del consiglio, art. 219-208, non che art. 861-939 Codice di procedura.

105. Se il marito si ricusa di facultare sua moglie a presentarsi in giudizio, il giudice *può* dare l'autorizzazione, art. 218-207. E d' osservarsi intanto che solamente quando la moglie è convenuta, il giudice può dare questa autorizzazione senza dimandare il parere del marito, perchè sarebbe inguato che il suo rifiuto potesse attenuare il dritto del terzo; se si trattasse poi che la moglie sia attrice, in questo caso essa dovrebbe dimandare il permesso nella forma prescritta dall art. 219-208, non che dall' art. 861-939 Procedura civile (Arg. di quest' ultimo articolo).

106. La moglie che voglia contrattare o presentarsi in giudizio, deve rivolgersi direttamente alla giustizia, senza aver bisogno di citare anticipatamente suo marito, ne' tre seguenti casi:

1°. Quando il marito è stato colpito da una condanna che include pena afflittiva o infamante, ancorchè non sia st da pronunciata che in contumacia, e ciò *solamente* durante la pena, art. 221-210. Dopo quest epoca, egli riprende l' esercizio de' suoi dritti ed è riabilitato per tutte le incapa-

città risultanti dalla condanna; art 633-723, Cod. d' istr.

2° Quando il marito è interdetto o assente, art 222-211, o solamente presunto assente, art. 863-941, Codice di procedura civile, o anche quando il suo allontanamento *accertato* gli vieta di dare la sua facoltà per un affare urgente; come per esempio, se si trattasse, per la moglie, d' intentare un' azione per interrompimento di prescrizione, ec.

3° Quando il marito è minore, art. 224-213, o trattasi di un atto che il minore stesso non avrebbe la capacità di approvare. Se si trattasse di un atto che il minore emancipato potesse fare, per esempio, di un atto di amministrazione, egli potrebbe facultare la sua moglie, e sul suo rifiuto questa potrebbe farlo citare in giustizia. Questa distinzione è poggiata su l'art. 224-213; ma soprattutto su suoi motivi, che altro non sono che l' antica regola: *qui per se ipsum facere quid prohibetur, alius concedere non potest.*

107. La moglie non ha del pari bisogno di dimandare al marito il suo assenso per istare in giudizio quando fa istanza per separazione di corpo. È sufficiente che il giudice autorizzi la mogli quando essa comparisse e che ella faccia le sue conclusioni; questo è il caso della regola: *nemo potest esse actor in rem suam.*

108. Una quistione molto sottile agitossi un tempo frai giurisconsulti; trattavasi cioè di sapere in qual modo era abilitata la moglie per contrattare col suo marito.

Ricard, Lebrun ed altri, opinavano che per simili atti, la moglie poteva obbligarsi sola verso il marito, o che questi non avea anche bisogno di facultarnela.

Pothier, (della potestà maritale n. 42), pensava che questa facoltà era necessaria, ma che data amichevolmente fosse sufficiente; che perciò non v' era luogo di ricorrere alla giustizia. Restando il Codice in silenzio su questa quistione, dobbiamo attenerci alla regola generale scritta negli art. 217-206, o 219-208, secondo la quale la moglie non può rivolgersi alla giustizia se non quando suo marito si *nega di autorizzarla* o di concorrere a l' atto — In fatti è da supporre, che se il legislatore avesse voluto che fossevi eccezione a questa regola, ne avrebbe fatto parola, come ha fatto nell' articolo 1558-1371, per la vendita dell' immobile dotale, e nell' art. 2144-2038 per la restrizione dell' ipoteca legale. Il suo silenzio prova ch egli una ha inteso che la moglie ricorresse alla giustizia, solo per ciò, che il marito aveva interesse all' atto ch' ella si proponeva di consentire.

È in tal modo, del resto, che sempre è stata interpetrata la legge; specialmente è stato deciso con decreto del 17 maggio 1809, che la moglie facultata da suo marito poteva costituire sopra i suoi beni proprii un maggiorato a beneficio di lui stesso, ec, ec. Specialmente ancora, la Corte di Cassazione ha deciso con suo arreste degli 8 novembre 1814, che gli articoli 217-206, 218-207, e 222-211, non ricevevano punto eccezione nel caso nel quale il marito dovea profittare dell' autorizzazione. Dalloz t. 19, pag. 325 (1).

109. *Nec obstat*, uno arresto della stessa Corte che ha deciso che la moglie che agiva contro suo marito mediante una autorizzazione legale, non poteva desistere validamente dalla sua dimanda, con l' assentimento di suo marito. La semplice lettura di quest' arresto, prova che la Corte si è mossa per la duplice considerazione che il marito sarebbe stato, nella specie della causa, *actor in rem suam* « e che » la rinunzia era frandolenta. — *Atteso*, dico quest' arresto, » *che indipendentemente de' violenti indizii di dolo personale*, « *de' quali la corte ha dichiarato macchiato l' atto di rinunzia* » *onde si tratta*, a' termini dell' art. 219-208, la moglie in po» testà del marito, deve esser da lui, o in sua mancanza, » dalla giustizia, autorizzata a poter fare ogni atto; che » quello di rinunzia in una istanza per separazione di beni » intentata dalla signora Gonin contro l' attore, era di natura » di quelli che esigono un' autorizzazione della giustizia, poi» chè ella era stata da essa autorizzata a poterla fare; d'onde » ne deriva che l' omissione di questa formalità di rigore » rendeva nulla una siffatta rinunzia, o che questa non poteva » scusarsi col addurre l' assentimento del signor Gonin il » quale non poteva essere *actor in rem suam*, ec. »

110. Del rimanente, non bisogna credere che i beni della moglie sieno esposti a grandi pericoli dal perchè il marito può abilitarla nelle convenzioni alle quali egli sarebbe interessato; poichè oltre l' azione del dolo e frode ch' ella sarebbe in dritto di usare contro di lui, se questi avesse abusato della sua influenza, ella non può vendergli i suoi beni che ne' casi stabiliti dalla legge (Art. 1595-1440). E se ella gli ha fatto una donazione, può rivocarla, art. 1096-1050.

111. Se la moglie è separata di corpo e di beni, o ve-

(1) La incapacità legale della donna maritata non è più un canone del foro; i buoni principii hanno trionfato e però si ritiene per fermo oggimai che tra marito e moglie non vi è quella sognata unità legale che la legge non ammette neppure ora tra madre e figlio. La G. C. civile di Napoli in molte decisioni ha conformemente a questa idea giudicato.

ramente solo di beni, ella è capace di tutti gli atti amministrativi: può *disporre delle cose sue mobili e alienarle*, ma non può alienare i suoi immobili, senza il consenso di suo marito o l'autorizzazione della giustizia (Art. 1449-1413).

112. Quantunque la moglie separata di beni possa disporre delle cose mobili, crediamo per altro che nol possa della sua dote mobile. È vero che molte Corti le accordano questo dritto; ma questa giurisprudenza ci pare talmente sovvertitrice de' principii relativi all' oggetto e alla natura della dote, che c'è impossibile il poterla ammettere. Basteranno poche parole per giustificare la nostra opinione

La dote è il bene che la moglie porta al marito per sopportare i pesi del matrimonio — Subito dopo il contratto, il marito ha dritto sul godimento di questa dote, ed i figli, secondo che nascono, acquistano un egual dritto. Arg. tratto dagli art 203-193, 1448-1412, 1540-1353 — Per questo motivo e perchè la dote non sia tolta al suo fine, il legislatore ha voluto che se essa consistesse in *immobili*, fosse inalienabile, art. 1554-1367, che se poi consistesso in oggetti mobili, o in una somma di danaro, la moglie avesse, su' beni del marito, un' ipoteca legale, indipendente dall'iscrizione, art. 2135-2021, e che finalmente, il marito ch' è l' amministratore degli affari della sua casa, percepisse questa dote e ne godesse, coll'obbligo di sopportarne i pesi.

Subito che il disordine degli affari del marito dà luogo a temere per questa dote, o pure quando le rendite ne sono compromesse al punto da non potere servirsene pel mantenimento de conjugi e de' figli, la moglie può dimandare separazione di beni; art. 1563-1376 Se il tribunale la pronunzia, la moglie riprende l'amministrazione dei suoi beni e specialmente de' beni dotali; il giudizio che ha luogo fa passare in loi i dritti che aveva suo marito, e le restituisce il godimento della sua dote mobile co'pesi che v'erano uniti.

Noi diciamo: *co' pesi che vi erano uniti*; poichè la separazione de' beni non discioglie il matrimonio, e sino a tanto ch esso dura, la dote deve sopportare o almeno ajutare a sopportare i pesi.

Ma se la moglie potesse ricevere la sua dote senza obblighi e senza cauzione, qual sarebbe la guarentigia del marito e de' figli? in qual modo il marito la cui penuria è stata comprovata dal giudizio che ha pronunziato la separazione de' beni, potrebbe mai provvedere ai mezzi di sussistenza per sè, per sua moglie e pe' suoi figli?

Sino a tanto che questa dote è rimasta nelle sue mani,

la moglie, i suoi parenti, il procuratore del re potevano assicurarne la restituzione mediante un atto d' iscrizione su' beni di lui, art. 2194-2094; ma quando questa dote passa nelle mani della moglie, si può supporre che la legge abbia voluto che vi passasse per esser dissipata? che potesse esser abbandonata all' inesperienza di una donna che non ha mai amministrato i suoi beni?

Per pensarla in tal guisa, bisognerebbe dire che la separazione de' beni disciolga il matrimonio; ma ciò non essendo, o questa separazione non togliendo alla dote nè il suo fine, nè il suo carattere, è chiaro più che mai, ch' essa deve esser impiegata in modo da non potersi sciupare. L'opinione contraria è in opposizione co' principii sul regime dotale; non è proficua nè per la moglie nè po' suoi figli; e seco può trarre conseguenze dannosissime alla loro fortuna. In vano si dice che la legge permette alla moglie di disporre del suo mobile, poichè l' articolo 1449-1413, che le dà questa facoltà deve esser messo d'accordo con gli articoli, 203-193, 1448-1412, 1540-1353, 1554-1367, e 2135-2021, e nasce da questa combinazione che se il legislatore le ha permesso la libera disposizione de suoi beni mobili, non ha potuto avere in mira che la parte di questi beni ch'era rimasta libera alla moglie, vale a dire, i suoi parafernali, e non mica i beni che egli stesso aveva dichiarato inalienabili, ed in certo modo indisponibili negl' interessi de' conjugi e de figli.

Si oppone dippiù che, per l'art. 1549-1362, il legislatore considera come un atto d' amministrazione la percezione dei capitali costituiti, che d' allora in poi la moglie *ripigliando* l' amministrazione de' suoi beni, deve ripigliarla tale quale l' aveva conferita a suo marito, vale a dire col dritto di esigere i capitali — Si può rispondere che nel daro questo dritto al marito, il legislatore aveva imposto su beni di lui un' ipoteca indipendente dall' iscrizione, e che in tal modo aveva assicurato, per quante era in lui, la restituzione della dote; che in tal modo, non deve supporsi che questo dritto che il marito avea *sotto condizione* sia stato restituito alla moglie senza condizione di guarentigia e un uso da farne. Vedasi d' altronde le decisioni riportate da Sirey, su gli art. 1449-1413, 1549-1362, ec. de' suoi Codici annotati.

113. Il dritto che la legge dà alla moglie d' alienare i suoi mobili produce poi questo effetto che, se ella ha contratto, *sola*, un' obbligazione in favore di un terzo, quest' obbligazione sia valida sino alla concorrenza di questo stesso mobile? Crediamo di no: l' art 218-107 che proi-

bisce alla moglie di contrarre obbligazioni senza la facoltà di suo marito, s' esprime in termini generali, ed in verun luogo si trova un' eccezione per la moglie separata di beni. L' art. 1449-1413 che permette alla moglie di disporre de' suoi mobili, sembra in certo modo voler stabilire una derogazione all' art. 218-207; ma ciò è dubbioso, e anche per ciò, noi dobbiam dichiararci per la potestà maritale *che è d' ordine pubblico*.

La Corte di Cassazione che, con decisione de' 16 Marzo 1813, Dalloz, t. 19, pag. 502; Sirey, 1814, 1, pag. 160, avea convalidata una siffatta obbligazione, ha mutato parere; essa ha giudicato che un' obbligazione di questa natura dovea essere annullata, *financhè in ciò che spettava alle rendite ed a' mobili della moglie*, se l' obbligazione non costasse essere conseguenza dell' amministrazione de' suoi beni, o non avesse avuto per scopo di provvedere a' suoi propri bisogni. Decisione del 5 Maggio 1829, Giurisprudenza del secolo 19°, 1829 1 pag. 181.

Art. III. *Dell' incapacità delle comuni.*

114. I comuni sono sempre minori. Il *maire* (sindaco) è il loro tutore, ed egli non può fare verun atto importante senza l' autorizzazione del consiglio municipale che è il solo rappresentante legale del comune, per tutto ciò che spetta a' suoi beni ed a' suoi bisogni.

115. I comuni non possono prendere a prestito, vendere, permutare o diversamente alienare, se non dopo averne ottenuto l' autorizzazione nelle forme prescritte dalla legge (*Henrion de Pansey*, Dei beni comunali, lib. 2, cap. II.). Non possono transigere senza questa autorizzazione; art. 2045-1917. Essi non posson dividere, senza questa autorizzazione, i beni onde sono condomini co' particolari; finalmente, essi non possono ricevere a titolo gratuito, se non ne abbiano l' autorizzazione da un' ordinanza reale. (Art. 910-826).

116. Sono del pari i comuni incapaci di stare in giudizio senza esserne autorizzati; ort. 4 a 15 *dello legge del 28 piovoso anno VIII; Arresto del 17 vendemmiale anno X.* Quest' autorizzazione è necessaria tanto quando sono attori, quanto quando sono convenuti; Legge del 14 Dicembre 1789. Essa è talmente essenziale, che il *maire* (sindaco) di un comune non lo rappresenta realmente avanti i tribunali se non in quanto che ha ricevuto l' autorizzazione di agire per esso; in mancanza di questa autorizzazione, il *maire* trovandosi senza un carattere distintivo, il giudicato renduto contro di lui, quantunque nella sua

qualità di *maire*, è per rispetto al comune, *res inter alios acta*, e non l'obbliga in modo veruno. Il comune potrebbe sottrarsi dunque alle condanne emesse contro di lui, finanche quando nell'insieme delle loro disposizioni gli fossero favorevoli.

117. L'autorizzazione per difendere i comuni non è necessaria quando trattasi di un'aziono intentata da un particolare contro un comune (1), come risponsabile de' danni a lui cagionati, ed in generale ogni volta, che trattasi *d'istanze d'ordine pubblico e di alta-polizia ordinate da una legge speciale*. Corte di Cassazione del 19 Novembre 1821; Dalloz, t. 5, p. 168; Sirey, 1822, part. 1. p. 50; nè quando trattasi d'istanza di polizia correzionale. *Ordinan.* del 22 Febbrajo 1821.

118. Qualunque atto fatto con un comune non legalmente autorizzato, ogni giudicato renduto contro di esso senza autorizzazione, sono nulli di pieno dritto. Non è necessario che siavi lesione. Nondimeno i terzi non hanno il dritto di prevalersi della nullità, come noi il proveremo nel corso di quest'opera (2).

Art. 4. *Di alcune incapacità relative.*

119 Dei motivi di convenienza e di ordine pubblico hanno determinato il legislatore a stabilire alcune incapacità, che è tanto necessario il conoscere, in quanto che esse posson colpire e concernere ognuno di noi per le nostre relazioni nella società, pe' nostri rapporti di famiglia; e per le circostanze nelle quali possiamo truvarci. E come queste incapacità sono cause radicali della nullità degli atti, dobbiamo indicare quelle che posson ricevere, il più delle volte, la loro applicazione.

120. 1° È proibito a' tutori di acquistare i beni di coloro onde hanno la tutela, o di accettare la cessione di diritti o crediti contro di essi, nè prendere in fitto i loro beni, a meno che il consiglio di famiglia non abbia autorizzato il tutore surrogato a poterli loro affittare; art. 450-373. È loro del pari proibito di fare alcun contratto co' loro mi-

(1) In questo caso per la predetta legge fondamentale dell'ordine amministrativo de' 21 Marzo 1817 è necessario lo sperimento della conciliazione preventiva dinanzi al Consiglio d'Intendenza.

(2) La sentenza dell'autore non ci sembra vera, e noi crediamo tutt'altrimenti. Anche noi promettiamo di provare altrove e nel corso dell'opera il nostro giudizio.

nori divenuti maggiori potendo ciò fare solamente dopo che avranno renduto un conto circostanziato e rimessi i documenti giustificativi, dovendo tutto esser comprovato mediante una ricevuta di colui cui deve rendersi il conto, dieci giorni almeno prima del contratto. (Art. 472-395).

Finalmente è loro proibito di ricevere alcuna cosa da coloro che sono stati loro pupilli se prima non sia stato renduto ed appurato il conto definitivo. Art. 907-823.

121. 2° Per analogia, una simile proibizione è fatta al contutore de' figli minori della sua moglie, di ricevere alcun donativo da questi figli, anche divenuti maggiori, prima di appurare i conti della tutela. Corte di Metz, del 18 Gennaio 1821. Dalloz, 9, p. 319; Sirey, 1822, 2. p. 362, Corte di Limoges, 4 Marzo 1822; Dalloz, t. 9, p. 320, Sirey 1822, 2. p. 265.

122. Deve osservarsi del pari che il contutore non può prevalersi dell'eccezione introdotta dall'art. 902-818 *in favore degli ascendenti*, poichè quest'articolo non comprende punto gli *affini*, e non v'ha alcun motivo di accordare a costoro un dritto che gli ascendenti avean ricevuto, in certo modo, dalla natura, prima che loro fosse stato riserbato dalla legge. Ma poi, in generale, la qualità di contutore è poco favorevole.

123. Se il minore è emancipato, la proibizione esiste finanche pel curatore? Crediamo di no: poichè oltre non esser egli compreso nella proibizione, non v'è ragione di comprenderlo; non riscuotendo nè i capitali nè le rendite del minore, non è obbligato a rendergli conto; d'altra parte non ha alcuna influenza su la volontà di lui dal punto in che cessa la sua curatela. V'ha la stessa ragione a decider pel tutore surrogato. Arg. dell'art. 902-818.

124. 3° I figli naturali riconosciuti nulla possono ricevere per donazioni tra vivi, o per testamento, oltre quello che loro è accordato nel titolo delle successioni, art. 908-824, 756-564 (1) e seguenti. Questa proibizione pare che non debba estendersi a' casi ne' quali, trattandosi di un meschino patrimonio, la porzione che la legge accorda al figlio naturale fosse insufficiente a poter dargli gli alimenti. Stimiamo che, in questo caso, il padre potrebbe dargli al di là di ciò che la legge determina con gli articoli suddetti, che potrebbe finanche dargli tutto, se tutto fosse necessario, per un sì interessante motivo. Abbiamo, in fatti veduto, che

(1) L'art. 674 delle nostre leggi contiene i tre art. 756, 757 e 758 del Cod. fran. con qualche modificazione.

l' obbligo nel quale era un padre di somministrare gli alimenti a'suoi figli era di dritto naturale, che per ciò finanche li dovea al suo figlio, *morto civilmente*; or vedremo che li devo al suo figlio adulterino o incestuoso; come dunque sarebbe privato del dritto di somministrarli al suo figlio naturale? La natura e la legge si oppongono ad una siffatta interpetrazione; perciocchè sarebbe un rivolgere contro il figlio naturale, le disposizioni per le quali il legislatore l'aveva voluto trattare più favorevolmente che i figli adulterini ed i figli incestuosi.

125. L' incapacità del figlio naturale è d'ordine pubblico; ed è nell'interesse del matrimonio ch'è stata stabilito. Però a stento comprendiamo i dubbii che sono insorti su la quistione di sapere se egli poteva essere adottato da coloro che l' aveano riconosciuto; e se, per quest'adozione, poteva esser tolto alle conseguenze della sua incapacità.

La negativa ci sembra sicura. La legge non ha voluto che il figlio naturale avesse gli stessi dritti che il figlio legittimo, su la successione di suo padre. Ella ha voluto che la sua volontà in quanto a ciò non fosse punto delusa, tanto che ha colpito della stessa incapacità coloro i quali potrebbero essere scelti per farlo profittare direttamente de' dritti che ella gli negava; art. 911-827. Quindi dobbiamo stimare che la legge abbia del pari anticipatamente proscritto qualunque atto o accomodamento ch'avesse per oggetto di fargli ottenere tutto, quante volte non ha dritto che alla metà, al terzo, al quarto, ec.

Or, l'adozione non potrebbe avere altro scopo, art. 350-274; dunque essa sarebbe, nella specie, una violazione manifesta della legge. E vero che qualche Corte del regno ha giudicato diversamente; ma sino a che la quistione non sarà decisa dal Sovrano, persisteremo a credere che bisogna rigettare qualunque interpetrazione contraria a quella che noi abbiamo dato alla legge. *Interpetratio fugienda per quam lex redditur elusoria.* Franc. rip. in leg. si constant. n. 5 sol. matrim.

Aggiungeremo, d' altra parte, che l'adozione è stata sempre considerata come una finzione con la quale colui che non aveva figli se ne creava uno, cui trasmetteva il suo nome o la sua fortuna, che in tal modo, non s' è potuto accordarla a colui il quale era già padre. Ed in vero a che ricorrere alla finzione quand'eravi la realtà.

126. 4° I figli incestuosi o adulterini non posson ricevere veruna cosa dal loro padre o dalla loro madre, se non a titolo di alimento. Art. 762-678

Ma quale è il figlio cui legalmente si possa dare il titolo d' adulterino od incestuoso? Non può esser certo quegli cui non si può opporre se non l' atto di riconoscimento di coloro che si direbbero gli autori de' suoi giorni, poichè un siffatto riconoscimento è nullo, art. 335-258 e 342-265 e per conseguenza, non può altrimenti essere opposto al figlio, che non potrebbe egli stesso prevalersene (1). Non può dunque esser se non colui la cui esistenza legale si trova provata, senza che sia d' uopo ricorrere ad un siffatto riconoscimento. Per esempio, quando esso è la conseguenza di un giudicato che fa dritto all' azione di non ricognizione, nel caso dell' articolo 312-234; per esempio ancora, quando è la conseguenza di un giudicato che annulla un matrimonio per causa di bigamia, o per causa d' incesto, ec.

In tali circostanze ed altre simili, lo stato del figlio trovandosi provato come conseguenza della cosa giudicata, egli ha dritto agli alimenti.

127. 5° I dottori in medicina e chirurgia, i farmacisti sono incapaci a potersi avvalere delle disposizioni tra-vivi o testamentarie che loro avessero fatto i loro ammalati durante il corso della malattia per la quale fossero morti. Art. 909-825.

Quest' incapacità esiste del pari, quantunque per eludere meglio la legge, il medico, il chirurgo o il farmacista, avessero sposato l' ammalata; decisione di cassazione, del 30 Gennaio 1820, ed intanto il matrimonio non può impugnarsi: la stessa Corte, 30 Agosto 1808 Dalloz, t. 9, p. 326 (2).

128. Non perdiamo di vista che i motivi d' incapacità de' medici e chirurgi sono per prevenire le frodi e l' ascendente che potessero prendere su' malati, col fine di loro estorquere tutto o parte del loro avere. È superfluo il dire che

(1) Il chiaro autore nel modo come si esprime presenta una opinione che noi non possiamo far nostra, imperocchè restringe la finzione ai soli fatti estranei a' genitori e giudiziali ammessi da giudicati, e per conseguenza nega gli alimenti al più gran numero de' figli adulterini ed incestuosi, essendo assai difficile cosa di trovare pruove fuori di quelle che vengono dai genitori, e più difficile ancora che si voglia e si possa fare un giudizio per fermar dappprima la qualità incestuosa ed adulterina e poi pretendere ed ottener gli alimenti. Un atto di ricognizione per parte dei genitori non potendo avere un valore maggiore di quello che la legge gli attribuisce, sarà nullo in senso pieno e largo di riconoscimento, ma efficace per fondare rispettivamente il dovere ed il diritto degli alimenti. Ciò che l' autore e e noi diciamo dei figli adulterini ed incestuosi vuolsi intendere ed estendere ai figli sacrileghi, o sia di quelli nati da genitori ligati da voti solenni. Art. 258 a 678 delle leg. civ.

(2) La incapacità sussiste ma nel caso in cui lo sponsalizio avvenga durante l' ultima infermità e rinchiuda un atto di frode alla legge come osserva lo stesso aut. al n°. seguente.

non bisogna estendere quest' incapacità su di coloro i quali prestassero le loro cure a quella che hanno sposato senza frode. Agendo in tal guisa, il medico marito compie un dovere, ed il legislatore che glielo impone con l'articolo 212-201, si metterebbe in contraddizione con sè stesso, se lo punisse di averlo adempiuto.

129. Per lo stesso motivo, essi possono profittare: 1°. delle disposizioni remuneratorie fatte a titolo particolare, avuto riguardo alle facoltà del disponento ed a servigi renduti; 2°. delle disposizioni universali, nel caso di parentela sino al quarto grado inclusivamente, purchè tuttavolta il defunto non abbia eredi in linea diretta, a meno che colui a vantaggio del quale la disposizione è stata fatta, non sia egli stesso fra il numero degli eredi, art. 909-825.

130. 6° I preti son colpiti della stessa incapacità (*idem*)

131. 7°. Bisogna intender lo stesso degli empirici, delle levatrici, ed in generale di tutti coloro che, senza aver legalmente un titolo di medico, esercitano nondimeno la medicina Corte di Parigi, del 9 maggio 1820; Dalloz t. 9, p. 324; Sirey, 1820, p. 259. — E ciò non è mica creare un' incapacità od aggiungere alla legge, l' identità de' motivi essendo perfetta, altro non è che interpetrare la legge e determinarne il senso e l' applicazione: *Non possunt omnes articuli sigillatim, aut legibus, aut Senatus-Consultis, comprehendi: Sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* L. 12 ff de legibus.

132. 8°. La vendita non può aver luogo fra conjugi che ne' tre seguenti casi: 1°. quando uno de' due conjugi cede de' beni all altro, separato giudiziariamente con lui, in pagamento de' suoi dritti; 2°. quando la cessione che il marito fa alla sua moglie, anche non separata, ha una causa legittima, come il rinvestimento de' suoi immobili alienati, o i denari a lei appartenenti, se questi immobili o denari non cadono in comunione; 3°. quando la moglie cede de' beni a suo marito in pagamento di una somma che gli avrebbe promesso in dote, e quando v' ha esclusione di comunione; salvo in questi tre casi, i dritti degli eredi delle parti contraenti, se v' ha un utile indiretto. Art. 1595-1440.

133. 9°. Gli amministratori de' comuni o stabilimenti pubblici non possono, *sotto pena di nullità*, acquistare beni affidati alla loro cura o che sono in istato d' esser venduti; si dica lo stesso de' procuratori, per i beni che sono incaricati di vendere: — Gli uffiziali pubblici, per i beni nazionali, la

cui vendita si fa mediante il loro ministero. (Art. 1596-1441.)

134. 10°. I giodici, i loro supplenti, i magistrati che adempiono il pubblico ministero, i cancellieri, gli uscieri, avvocati, difensori officiosi e notari, non possono accettare la cessione delle liti, ragioni ed azioni litigiose che sono della competenza del tribunale nella giurisdizione del quale esercitano le loro funzioni, *sotto pena di nullità* e di spese danni ed interessi. (Art. 1597-1442.)

135. 11°. Gli immobili costituiti in dote non possono essere alienati o ipotecati durante il matrimonio nè dal marito, nè dalla moglie, nè dall' uno e l' altro unitamente, salvo i casi d' eccezione espressi dall' art. 1555-1368, e seguenti. — Questa disposizione è d' ordine pubblico, ed è fatta nell' interesse del matrimonio, perchè gli sposi e i loro figli abbiano sempre un' ultimo rifugio. — Così, quando la vendita di un immobile dotale ha avuto luogo, essa è radicalmente nulla. — La moglie o i suoi eredi possono farla rivocare *dopo* lo scioglimento del matrimonio (sia che questo scioglimento succeda per morte, sia ch' abbia luogo in seguito ad un giudizio di separazione di beni), senza che si possa loro opporre veruna prescrizione, nel tempo della sua durata. — Il marito stesso può fare rivocare l' alienazione durante il matrimonio, restando per altro sottoposto a tutti i danni interessi dell' acquirente, *s' egli non ha dichiarato*, nel contratto, che il bene venduto era dotale, art. 1560-1373.

L' azione accordata al marito, quando egli non abbia dichiarato che il bene venduto era dotale, o quando, per conseguenza, è tenuto a tutti i danni ed interessi verso il compratore, è un' eccezione della regola: *Eum quem de evictione tenet actio eumdem agentem repelli exceptio*: ma l' interesse dei figli e della moglie hann renduto questa eccezione necessaria.

136. 12°. Il sequestrato non può, a contare del giorno della dichiarazione a lui fatta del sequestro, alienare gl' immobili, sotto pena di nullità, e *senza che vi sia bisogna di farla pronunziare*. Art. 692-771*. Codice di proced.

Quest' ultime parole significano solo che l' attore può andare innanzi o continuare la procedura in sequestro, non ostante qualunque vendita e significazione che potessero esser fatte nel caso dello stesso art. 692.

Non bisogna adunque credere che, se il sequestrante ed i creditori trovassero questa vendita vantaggiosa, non potessero conservarla, al contrario, è indubitato che la nullità

* Modificato dalla legge del 29 dec. 1828 su l' espropriazione.

è solamente radicale per essi, vale a dire quante volte essi la propongano, nè può essere invocata dall' acquirente. Corte di Cassazione, 5, dec. 1827; Sirey, 1828 p. 240, — Arg. tratto dall' art. 693-772'.

137. 13°. Il concubinato è una causa di nullità dello donazioni, ogni qual volta produce incesto o adulterio, o dove se n' abbia la prova come la conseguenza di un giudicato (1). L'interesse della società avrebbe richiesto, che si fosse ammesso, in tutti i casi, il concubinato come una causa di nullità nelle donazioni. Non avremmo mancato di considerarlo come tale, e di poggiare il nostro convincimento su moltissime autorità che ne porge l'antica giurisprudenza, se noi non avessimo avuto la disgrazia d'ammettere la prova testimoniale. Ma quante volte non sarà avvenuto di sentire compiacenti e colpevoli testimoni diffamare, con la loro bocca spergiura, le più sante relazioni della riconoscenza e dell' amicizia!

Abbiamo dunque creduto attenerci solamente al caso nel quale il concubinato si trova provatu mediante giudicato, e che produce l'incesto o l'adulterio, come nel caso degli art. 337-326, 339-328, 340-331 del Codice penale; in questo caso non v'ha dubbio veruno che non sia una causa di nullità.

Questa decisione è incontestabile quando un figlio è stato il frutto dell' incesto o dell' adulterio, perchè questo figlio è incapace di trar profitto da veruna delle disposizioni che gli fossero fatte da suo padre o da sua madre; costoro son colpiti dalla stessa incapacità dall'art. 911-827, che li reputa persone interposte.

E dev' essera del pari quando non vi sono figli, poichè se la legge ha creduto dover punire quest' ultimi di una colpa loro estranea, come supporre ch' essa abbia voluto trattare più benignamente i veri colpevoli? Tale non è la volontà del legislatore, e quando, per gli art. 1131-1085 e 1133-1087, egli ha annullato tutte le disposizioni contrario all' ordine pubblico ed a' buoni costumi, ha dovuto mettere in prima linea le disposizioni fatte da un consorte adultero od incestuoso al suo complice.

138. Faremo tuttavia osservare che, se il concubinato senza adulterio e senza incesto non è, in generale, una causa sufficiente della nullità di una disposizione, può esser considerato come uno de' mezzi più possenti della fraudolenza o del dolo; esso diventa allora una causa di rescissione. In tal modo

' Modificato come si è detto nella precedente nota
(1) Vedi la nota al numero 126.

la Corte di Cassazione ha giudicato, con una decisione del 30 dicembre 1829, che il fatto di nullità per causa di conculminato, come mezzo di fraudolenza, dipendeva dalle circostanze, e che la decisione de' giudici su questo punto era esente da qualunque censura. Gazzetta de' Tribunali 31 dicembre 1829.

139. Alcuni giureconsulti hanno opinato che il suicidio fosse una prova di demenza, e che anche perciò, fosse una causa di nullità del testamento fatto pochi momenti prima della morte. Questa opinione non ci sembra fondata; comunque sia colpevole verso la sua famiglia e la società colui che di deliberato animo mette termine alla propria esistenza, qualunque sia l'esaltamento che possa supporsi nelle sue idee pure può non essere insensato. Questa orrenda risoluzione in fatti è potuta nascere da tante e sì diverse cagioni, che noi dobbiam compiangerlo non altrimenti che il compiange il Giureconsulto Romano. *Si quis impatientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore, mori maluit, non animadvertatur in eum.* ff 49 tit. 16. leg. 6.

Tutto ciò che può dirsi è, che il suicidio essendo contrario a nostri costumi e alla nostra natura, può essere addotto come una forte presunzione di pazzia o di furore, e che, riunito a qualch'altra circostanza grave, può provare che chi il commise non era sano di mente. Ciò avrebbe luogo, per esempio, se il suicidio fosse stato preceduto da qualche atto di alienazione mentale; o pure se la disposizione fatta portava l'impronta della demenza o del furore. — In questi casi od altri simili, il fatto stesso del suicidio prova che il testamento o la donazione non sono state fatte in un momento di lucido intervallo.

140. Tali sono le incapacità particolari delle quali abbiamo creduto occuparci: non ne ricorderemo altre, percioccchè basta leggere la legge che ne parla, essendo lungo e senza alcun utile po' nostri lettori il farne parola. Ci limiteremo a ricordare che la capacità è sempre presunta, e che la incapacità è un eccezione onde gli effetti non possono giammai estendersi al di là de' limiti che il legislatore stesso ha stabiliti *Mala restringenda sunt non amplianda et multiplicanda.* Sopra, n°. 63.

141. Dobbiam poi ricordare che non è senza gravi motivi che il legislatore ha dichiarato incapaci taluni individui, che perciò tutte le quistioni che posson riferirsi a questa materia debbono esser risolute in maniera che la volontà del legislatore non sia elusa. *Etenim interpretatio fugienda per quam*

lex redditur elusoria. Da ciò derivano due regole essenziali che fanno al proposito.

142. *La prima* è, che i tribunali devono annullare qualunque atto, patto o disposizione co' quali le parti hanno fatto indirettamente quello che la legge loro proibiva, di stipulare od accettare direttamente, sotto pena di nullità. Ciò ha luogo, per esempio, ogni qual volta le parti hanno simulato, sotto la forma di un contratto oncreso, una disposizione in favore di un incapace. Art. 911-827 e 1099-1053; arg. dell'art. 843-762.

143. *La seconda* è, che qualunque disposizione a vantaggio di un incapace è nulla, quando è fatta sotto il nome di persona interposta; vale a dire, quando è fatta ad alcuno che non devo goderne o ch' è stato scelto solo per farno godere l' incapace; art. 911-827. La legge tiene persone interposte, i padri e le madri, i figli i discendenti a lo sposo dell' incapace, art. 911-827; ed in certi casi i parenti do' quali l' incapace è erede presuntivo nel giorno della donazione. Art. 1100-1054.

144. La presunzione stabilita da' suecennati articoli, dispensa da qualunque pruova colui a vantaggio del quale esiste. — Ed è financhè di natura a non poter esser distrutta da una pruova in contrario, art. 1350-1304, o 1352-1306; e quegli che la legge reputa come persona interposta, non può essere ammesso a provare ch' è stato per un affezione o per un riguardo verso di lui che la disposizione è stata fatta.

La Corte di Cassazione ha stabiliti questi principî (decisione del 13 luglio 1813, Sirey, 1813, p. 361; Domat, t. 9, 350), essa ha dichiarato essenzialmente nullo il legato fatto alla madre di un bastardo adulterino dal padre riconosciuto di questo bastardo, quantunque apparisse che il legato era stato fatto alla madre per un' affezione verso di lei; quantunque questo bastardo fosse incapace di succedere alla madre sua, e conseguentemente di trevaro nella sua successione il legato universale del padre; e finalmento quantunque la madre avendo disposto del legato, avesse addimostrato con ciò ch' ella non era stata interposta perchè lo trasmettesse a' suoi figli.

145. Gli art. 911-827 e 1100-1054 sono limitativi in quanto ch' essi accennano le persone *che la legge presume* persone interposte; ma non escludono gli altri casi ne' quali una persona può essere stata trascelta per far godere un incapace. Nulla dunque vieta che quegli che non trovasi compreso in questi due articoli, non possa, secondo le circostanze, esser dichiarato persona interposta.

§. IV. *La nullità de' contratti risulta qualche volta dalla natura della cosa, che forma la materia dell' obbligazione.*

146. Comecchè ogni convenzione consista nel consenso mediante il quale una o più parti s' obbligano a dare, a fare, o a non fare, alcuna cosa, così non può esservi contratto, senza una cosa che ne sia l'oggetto. (Art. 1108-1062 e 1126-1080).

147. La parola *cosa* adoprata in quest' ultimo articolo è presa nel senso più esteso, e significa tutto ciò che può essere il soggetto di un' obbligazione, e si riferisce a tutti i dritti, fatti o promesse che possono osserci utili o piacevoli; e perciò anche al semplice uso, al semplice possedimento di una cosa (Art. 1127-1081).

148. Solo le cose che sono in commercio posson essere l' oggetto di un' obbligazione, (art. 1128-1082), e s' intende per cose che sono in commercio, tutte quelle che possono vendersi o comprarsi.

149. L' obbligazione deve aver per oggetto una cosa determinata almeno in quanto alla specie. La quantità della cosa può essere incerta, basta che possa esser determinata, art. 1129-1083. — Una cosa è determinata quando se ne conosce la specie e la qualità, e che se ne conosce o possa conoscersene la quantità.

150. Non è d' uopo che una cosa esista perchè possa essere l' oggetto d' una convenzione, anche le cose future posson esserne la materia, art. 1130-1084. In tal modo può stipularsi sul prodotto di una partita di caccia, di una partita di pesca, sul carico di una nave.

151. Sonovi nondimeno alcune circostanze nelle quali la legge ha stimato dovere interdire qualunque stipulazione su le cose future. Così, per esempio, non si posson vendere le biade in erba, una siffatta vendita e contraria all' ordine pubblico; *legge del 10 messidoro*, anno III. — Pothier, Obbligazioni, n. 132 (1).

Come puro, non si può rinunciare ad una successione non aperta, nè fare veruna stipulazione su di siffatta successione, anche col consenso di colui del quale si tratta, art. 1130-1084; poichè una stipulazione di tal sorta è stata sempre contraria all' ordine pubblico; e noi aggiungiamo ch' essa

(1) L' A. passa troppo leggermente su questo articolo. La vendita dei frutti in erba è vietata non come regola, non perchè compreude lo stato incompiuto di quelle, ma sibbene quando si convenga la vendita de frutti a prezzo ed a misura determinati art. 1446.

porgerebbe un troppo facile adito per rompere l' uguaglianza delle divisioni.

152. La convenzione deve sempre avere un oggetto lecito, cioè a dire, che non sia contrario alle leggi, a' buoni costumi, od all'ordine pubblico. Di modo che è proibito di compromettere su' doni o legati di alimenti, abitazioni, vestimenta, quistioni di stato, nè su di veruna contestazione che vada soggetta a comunicazione al ministero pubblico, leg. 8 ff. de trans. et leg. 32 §§ 6 e 7, *ibid.* — Art. 1004-1084 Procedura civile.

153. Quando la stipulazione consiste in un fatto, bisogna che questo fatto sia possibile, arg. dell' art. 1172-1125; poichè la convenzione che ha per oggetto una cosa impossibile, è come se fosse senza oggetto.

154. Ma se la convenzione ha un oggetto vero, e che sia stata fatta sotto una condizione impossibile, bisogna distinguere se la condizione è affermativa o negativa.

È affermativa? Uopo è distinguere ancora s' è messa in un testamento o in una donazione, o s' è messa in una convenzione ordinaria.

Nel primo caso s' ha come non scritta, art. 900-816.

Nel secondo caso, rende nulla la convenzione che ne dipende, art. 1172-1125.

S' è negativa, vale a dire, se consiste a non fare una cosa impossibile, non rende punto nulla l' obbligazione sotto la quale era stata pattuita, art. 1173-1126, ed è considerata come non scritta.

155. Sotto la denominazione di condizioni impossibili, si comprendono non solo quelle che naturalmente non si possono adempiere, ma quelle ancora che il dovere, la ragione e la legge non permettono d' adempiersi, quantunque sieno possibilissime in sè stesse, *leg. si stipul. in princ. ff. de verb. oblig.* In tal modo il legislatore vieta tutte le condizioni contrarie alle legge o a' buoni costumi art. 1172-1125.

156. Così, per esempio, il legato fatto ad una donna a condizione ch' ella non si mariti, è sempre valido, quantunque la legataria si maritasse; una siffatta condizione è contraria all' ordine pubblico, che favorisce i matrimoni, e come tale è *riputata non scritta*, (legge del 5 settembre 1791).

Se un' eguale condizione era impossibile in una convenzione, la convenzione sarebbe nulla, art. 1772-1125.

Si osservi che la legge del 5 settembre 1791, non proscrive la clausola proibitiva delle seconde nozze, come ha

proscritto la clausola proibitiva di un primo matrimonio, la clausola proibitiva delle seconde nozze non ha nulla d'illecito, essa può considerarsi come il più segnalato favore che un padre morente rende ai suoi figli — V. Toullier, t. 5, n° 259, Merlin, Rep. V. *Condition*, sez. 2, §. 5, n°. 4.; — In fine arresto di Cassaziono del 20 ottobre 1807; Sirey, 1808 p. 128

157. Così ancora, si può considerare come condizione illecita e contraria alla morale, la condizione imposta ad un legatario o ad un contraente di vivere e di morire in una religione specificatamente indicata. Una siffatta condizione tenderebbe a costringere il libero esercizio della credenza religiosa — Essa dunque *s'ha come non scritta*, quante volte si trova in una donazione o in un testamento. Corte di Colmar, 9 marzo 1827; Giuris. del 19° secolo, 1827, 2, 166, e s'essa è scritta in una convenzione ordinaria, ne produce la nullità.

§. V. *Le convenzioni sono nulle per mancanza di causa*

158. La causa di un contratto è il motivo che determina le parti a contrattare, ad obbligarsi.

Nei contratti a titolo oneroso la causa dell'obbligo che assume una delle parti, è ciò che l'altra parte gli promette o gli dà, o il risehio ch'essa s'addossa.

Ne' contratti a titolo gratuito o di beneficenza, la liberalità onde una delle parti vuole usare verso l'altra, è una causa sufficiente dell'obbligo ch'essa contrae verso di quella Pothier, Obbligazioni, parte 1, cap. 1. §. 6, n°. 42

159. La causa è propria dell'essenza delle convenzioni e de' contratti, art. 1108-1062; e qualunque obbligazione senza causa o su causa falsa, o su d una causa illecita, non può avere veruno effetto; art. 1131-1085.

160. L'obbligazione è senza causa, quante volte si contrae senza motivo, vale a dire, verso una persona cui nulla si dovea *civilmente* o *naturalmente*, ed alla quale nulla si volea dare, o ch'essa stessa non dava, nè poteva dar nulla in ricompensa dell'obbligazione che le veniva fatta.

161. L'obbligazione ha una falsa causa quante volte poggia sur un fatto od una circostanza che credevansi veri, e ch'intanto non esistevano punto Per esempio, se credendo che mio padre vi dovesse 10,000 franchi, io vi dessi in pagamento un immobile dipendente della sua successione, questo contratto di pagamento sarebbe nullo per *falsa causa*,

se io rinvenissi la quietanza che voi avete rilasciata a mio padre. Art. 1377-1341.

162. L' obbligazione ha una causa illecita, quante volte questa è proibita dalla legge, quante volte è contraria a' buoni costumi o all' ordine pubblico, art. 1133-1087. Il giudice deve determinare il carattere della causa; di tal fatta che, *in generale*, la decisione de' giudici d'appello che una convenzione è contraria a' buoni costumi, è una decisione in punto di fatto che non ammette ricorso in Cassazione. Arresto di rigetto degli 11 nevoso anno IX.

Noi diciamo *in generale*, perchè vi sono de' casi ne' quali una decisione, quantunque pronunziata sur un punto di fatto, ha una tale connessione con un punto di dritto, che il ricorso in Cassazione sarebbe necessariamente ammessibile. Così, è ora riconosciuto che la Corte di Cassazione ha il dritto di esaminare le conseguenze legali de' fatti dichiarati costanti da' giudici del merito. Sirey; 1831, p. 68, e 1831, p. 385. Dalloz, t. 3, p. 367; Giurisprudenza del 19° secolo, 1832, I. 210.

163. Non è necessario che la causa della convenzione poggi sur un interesse pecuniario; per esempio, si ha per certo, che i doveri comandati dalla pubblica decenza e dal dritto naturale, sono una causa sufficiente in una disposizione ed in una convenzione. Così la Corte di Cassazione ha convalidato l'atto, col quale una persona erasi obbligata di somministrare gli alimenti al suo fratello naturale bisognoso. Arresto de' 22 agosto 1827, Giurisprudenza del 19°. s. 1827 I. 152.

La Corte di Cassazione ha ancora deciso con questo arresto, che, un giudicato che aveva riconosciuto, secondo i fatti e le circostanze del processo, che una convenzione aveva avuto per oggetto di adempiere un' obbligazione naturale, e che d'altra parte il peso imposto aveva una causa sufficiente, non dava luogo a ricorso in Cassazione.

164. La convenzione non è meno valida, quantunque la causa non sia espressa, art. 1132-1086. Dunque a *fortiori*, la causa di un' obbligazione è abbastanza espressa con queste parole: *Io dichiaro dovere*. Corte di Cassazione 29 aprile 1831. Sirey 1831, t. I, p. 410.

§. VI. *La nullità degli atti o convenzioni deriva ancora dalla mancanza di potere dell' ufficiale ministeriale che n' è l' autore.*

165. È un principio assoluto che il vizio più essenziale degli atti derivi dalla mancanza di potere in colui che gli ha fatti. *Non major est defectus quam defectus potestatis.* D'Aguesseau, 126ª Aringa. Parere del Consiglio di Stato del 4 giugno 1831, approvato il 4 luglio seguente — In fatti non è che per eccezione, che per un certo privilegio voluto dal bene pubblico, che alcune persone hanno ricevuto dalla legge, a preferenza degli altri, il dritto di dare agli atti un carattere autentico. — È chiaro che queste privilegio può spettar sole all' agente rivestito della fiducia della legge, a colui che, pel fatto della sua nomina al posto che occupa, è considerato come aver dato pruove del suo sapere e della sua probità. Nè può spettare altrimenti all' agente o all' ufficiale ministeriale che oltrepassasse i limiti della sua competenza o delle sue attribuzioni. Imperciocchè è per massima, che un eccesso nella competenza, nel mandato, o nell' attribuzione, equivale alla mancanza totale di competenza, di mandato, o di attribuzione. Pothier, Trattato dell' Obbligazioni, vol. 1 part. 2. cap. 6. Ordinanza del Governo del 5 fruttidoro anno IX. Arg. dell' art. 1987-1859 o del l' art. 124-230 del Codice di procedura.

166. Così 1º. L' atto rogato da un notajo incompetente o fuori i limiti della sua residenza è nullo, Art. 6 e 68 della legge del 25 ventoso anno XI — e del regolamento notariale de 23 novembre 1819.

167. 2º. Dicasi altrettanto dell' intimazione fatta da un usciere incompetente. Decr. del 14 giugno 1813, art. 2.

168. 3º. La mancanza di attribuzione per parte de' giudici che hanno avute parte ad una sentenza porta seco nullità, quantunque la nullità non sia formalmente dichiarata dalla legge. Arresto di Cassazione; Sirey 1822, p. 374. *Incompetentia judicis recte pragmaticis dicitur nullitas nullitatum.* Faber. Cod. lib. 3. tit. 3. definit. 4, not. 5. — Dicasi lo stesso del caso in cui il tribunale avesse deciso su di cose non dimandate. Art. 480-544 Codice di procedura.

169. 4º. Una sentenza arbitramentale è nulla, s' è stata pronunziata dopo il termine stabilito dal compromesso, o decide su di cose non dimandate. Art. 1028-1104 Codice di procedura.

170. 5º. Finalmente, la competenza o il potere di un giudice e di un ufficiale ministeriale tengono talmente al-

l' essenza degli atti, che la violazione delle formalità prescritte dalla legge mena a *nullità di pieno dritto*, quando, nella volontà del legislatore, il carattere od il potere di questo magistrato o ufiziale ministeriale sono sottoposti all' osservanza di queste formalità. Corte di Cassazione 4 giugno 1822; Sirey 1822, p. 251; o 1 aprile 1823, Sirey, 1823 p. 276.

§ VII *Alcuna volta la nullità di un atto nasce dalla contravenzione delle leggi sul registro.*

171. Quando fu fatto il primo progetto di legge sul registro, e nella seduta tenuta dal Consiglio de' Cinquecento, li 6 fruttidoro anno VI, la commissione propose di dichiarar nulli tutti gli atti traslativi di proprietà che non fossero registrati in un dato tempo; questa proposta fu rigettata, qualmente troppo rigorosa, e dopo, è stata opinione generale, che il registro di un atto era estraneo alla sua sostanza, ch' esso altro non costituiva se non una formalità estrinseca, la cui omissione non rendeva l' atto nullo che nel caso nel quale la legge l' avesse formalmente dichiarato. Corte di Cassazione, 23 febbrajo 1827, Sirey, 1827 t. 1, p. 360.

172. La legge del 22 frimajo anno VII, contiene le seguenti disposizioni sul registro degli atti:

Art. 33. I notai che non avranno fatto registrare i loro atti nei termini prescritti, pagheranno personalmente, a titolo di ammenda, una somma di cinquecento franchi, se trattasi di un atto sottoposto al dritto fisso, o una somma uguale al totale del dritto, se trattasi di un atto sottoposto al dritto proporzionale; senza che, in quest' ultimo caso, la pena possa essere minore di cinquanta franchi — Essi saranno tenuti, inoltre, al pagamento de' dritti, salvo il ricorso contro le parti, per questi dritti solamente.

Art. 34. La pena contro un usciero od un altro che ha il potere di fare un' intimazione o processo verbale, è, per un' intimazione o processo verbale non presentato al registro nel termine stabilito, di una somma di venticinque franchi, più una somma equivalente al totale del dritto dell' atto non registrato. La citazione o processo verbale non registrato nel termine stabilito *è dichiarato nullo*, ed il controventore è tenuto di questa nullità verso la parte (1).

(1) Secondo la nostra legge de'30 gennajo 1817 e 3 ottobre 1825 sul registro e bollo, tutte le mancanze e contravvenzioni sono punite con multa e con oltre misure disciplinari.

Queste disposizioni relativamente alle intimazioni e processi verbali, non estendonsi a' processi verbali di vendita de' mobili ed altri oggetti mobili, nè a qualunque altro atto del ministero degli uscieri sottoposto al dritto proporzionale. La pena per questi sarà di una somma eguale al totalo del dritto, senza che possa essere minore di cinquanta franchi. Il contravventore pagherà, di più, il dritto dovuto per l'atto, salvo il ricorso contro la parte, solamente per questo dritto.

Art. 35. I cancellieri che avranno trascurato di far registrare nel termine prescritto, gli atti ch' essi son tenuti di presentare a questa formalità, pagheranno a titolo di ammenda, e per ciascheduna contravvenzione, una somma uguale al totale del dritto — Essi pagheranno nel tempo stesso il dritto, salvo loro il ricorso contro le parti, solamente per questo dritto.

Art. 36. Le disposizioni dell' articolo precedente s' adattano ugualmente a' secretarii delle amministrazioni centrali e municipali, per ognuno degli atti che loro è prescritto di fare registrare, s' essi non l'hanno fatto nel termine stabilito.

Art. 37. Pur non di meno, si fa eccezione alle disposizioni de due articoli precedenti, per i giudicati renduti all' udienza, ec.

Art. 38. Gli atti con scrittura privata, e quelli che hanno avuto luogo in paese straniero che non saranno stati registrati nel termine prescritto, saranno sottoposti ad un doppio dritto di registro. Sarà lo stesso pe' testamenti non registrati a tempo debito.

Art. 47. E proibito a' giudici o arbitri di profferire veruna sentenza, e all' amministrazioni centrali e municipali di fare veruna decisione *in favore de' particolari* sopra atti non registrati, sotto pena di esser personalmente tenuti de' dritti.

173. Risulta da questi diversi articoli che, in tutti i casi, salvo per le intimazioni e processi verbali de' quali parla l' articolo 34, il registro non è che una formalità estrinseca che qualora non si adempia fa incorrere in ammenda il pubblico ufficiale contravventore, ma non potrebbe produrre nullità: più, l' articolo 34 che dichiaro nulli i processi verbali e le intimazioni non registrate nel tempo stabilito, dev' esser messo d' accordo con l' articolo 47, che non proibisce di pronunziare sentenze su gli atti non registrati, se non quando queste sentenze fossero renduto in favore de' particolari.

Or, paro risulti dall' accozzamento di questi due arti-

coli, che la nullità apposta dalla legge alla mancanza della formalità estrinseca del registro, non siasi introdotta che nell' interesse del fisco; e che essa non può esser di veruno utile, in niun caso, a' privati per oppugnare la fede dovuta, in giustizia, agli atti degli ufficiali della polizia giudiziaria. Corte di Cassazione, 16 Gennaio 1824; Sirey, 1824, p. 230. Nondimeno questa conseguenza non è esatta, e la decisione che noi abbiamo citata non è punto eseguita nella pratica.

174. La mancanza di registro di un atto autenticato da un notajo non essendo una causa di nullità, ci sarà facile di risolvere la quistione di sapere, se il registro, comunque fatto dopo il tempo stabilito dalla legge, dia effetto retroattivo quanto all' ipoteca, al giorno dell' atto, o vero, se l' ipoteca non piglia la sua data che dal giorno del registro.

Ci sembra indubitato che il registro non è di verun conto per la validità dell' iscrizione dell' ipoteca; la mancanza di registro, noi l' abbiamo provato, non è un motivo di nullità, esso è estraneo alla sostanza dell' atto, e questo, quantunque non registrato, è pur non di meno autentico e fa fede del giorno della sua data e del suo contenuto.

D' altra parte è desso estraneo alla sostanza dell' ipoteca e dell' iscrizione che dà a quest' ultima la sua data e la sua forza. Non solo che questa decisione è la conseguenza delle disposizioni della legge di frimaio, essa s' evince ancora in un modo più particolare dagli articoli 2127-2013 e 2134-2020. In fatti, l' articolo 2127-1013 dice, che per la validità dell' ipoteca basta che essa sia stata acconsentita con atto rogato in forma autentica da due notai o avanti un notajo e due testimoni, e l' articolo 2134-2020 dispone che fra' creditori, l' ipoteca sia legale, sia convenzionale, sia giudiziaria, non ha grado, che dal giorno dell' iscrizione presa dal creditore su' registri del Conservatore, nella forma e nel modo voluti per legge.

Su quale plausibile motivo si potrebbe far poggiare la contraria opinione? Certamente non su la legge; poichè abbiamo veduto che la legge di frimaio non punisce che con un' ammenda, il notaio che trascura di far registrare un atto nel termine di rigore (1).

O si vorrebbe forse trarre argomento dal che per l' editto del 1693 e gli altri regolamenti posteriori, i privati non potevano acquistar alcun privilegio nè ipoteca, in virtù di atti non *controllati*? (Gramor, Trattato dell' ipoteche t. 1. p.

(1) Non è diversa la disposizione della nostra legge sul registro e bollo del di 21 Giugno 1810.

29). Ma, evidentemente, ciò non potrebbe fare al proposito, poichè non solo questi regolamenti non hanno forza di legge, ma sono inconciliabili con gli articoli della legge su citata.

Il solo argomento che meriti una risposta, è quello di Grenier loc. cit: senza il registro, un atto, quantunque rogato per notajo, non può avere una data certa, o la certezza di questa data è lo scopo della legge del 22 frimaio anno VII. Or, un atto che non è registrato non è autentico, e non ha una data stabile, che perciò non può per questa doppia ragione conferire ipoteca. L'autenticità si compone dalla rogazione dell'atto per notajo che la comincia, e del registro (quando non si fa dopo il termine stabilito) che la rende compiuta: l'autenticità è sospesa durante tutto il tempo intermedio.

Quest'argomento poteva esser fondato sotto l'impero della legge del cinque dicembre 1790 sul registro, nella quale si trovano le seguenti disposizioni:

Art. 2 Gli atti de' notari e le intimazioni degli uscieri, saranno sottoposti, in tutta l'estensione del regno, ad un registro, per *render sicura la loro esistenza e verificare la loro data*.

Art. 9. In mancanza di registro nei termini dall'art. precedente, un atto rogato per notajo non potrà valere se non come scrittura privata . . . Pure, avendo l'atto ricevuto le formalità omesse, acquisterà la stabilità della data e l'ipoteca, a contare dal giorno del registro.

Ma, di presente, non si può ragionare più nello stesso modo. Le disposizioni della legge del 1790 non si trovan punto nella legge di frimajo anno VII, che anzi, questa abroga formalmente quella. Si legge in fatti nell art. 73 « tutte » le leggi emanate sul registro e tutte le disposizioni delle » leggi ad esso spettanti sono e rimangono abrogate per l'av» venire. » Un'egual disposizione si trova in un parere del Consiglio di Stato del 26 marzo 1808 approvato il 1°. aprile (1).

175 S'è voluto di più sapere se per effetto delle leggi

(1) Nell'art. 2 della detta legge di registro si legge: *Nel primo Gennajo del venturo anno 1819 cesseranno dall'aver vigore tutte le leggi e tutt'i decreti e regolamenti da noi fin ora pubblicati ne' nostri dominii al di qua del faro nella stessa materia di registro e di uffizi di conservazione d'ipoteche, del pari che l'art. 132 del decreto del 10 Giugno 1817 relativo all'obbligo di far precedere la trascrizione alle mutazioni di quote ne' catasti.*

Lo spirito di tutta la legge de' 21 Giugno 1819 e molte sue disposizioni riconfermano la idea che le contravvenzioni in fatto di registro e bollo non menano mai a nullità di essenza.

sui registro e nell'interesse del fisco, le controdichiarazioni erano nulle per non esser state registrate lo stesso giorno che l'atto che esse hanno per oggetto di modificare.

Sotto l'impero della legge di frimaio la questione non era punto dubbiosa; l'art. 40 si esprimeva in questi termini: « Ogni controdichiarazione fatta con scrittura privata ch'avesse per scopo un accrescimento di prezzo stipulato in un atto pubblico, o in un atto di scrittura privata precedentemente registrato, è dichiarata nulla e di niuno effetto. » In quanto a ciò, anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione era costante; vedasi l'arresto del 13 fruttidoro anno XI.

176. Va diversamente la cosa sotto il Codice civile. Le controdichiarazioni debbono avere il loro effetto fra le parti contraenti; esse son nulle solamente per riguardo a' terzi: è questa la conseguenza dell'articolo 1321-1275; e poi ciò risulta ancora dagli schiarimenti ch'ebber luogo su questo art. nella seduta del Consiglio di Stato del 2 frimajo anno XII.

Il cittadino Duchatel domandò, si proscrivesse in modo assoluto l'uso delle controdichiarazioni, che tende a mascherare le convenzioni. Spesso, egli dice, derivan, da esse frodi contro i privati e sempre contro il tesoro pubblico.

Il cittadino Bigot Préameneu dice, che le controdichiarazioni debbon solo annularsi quando fossero fraudolenti; ed il cittadino Bertier fa osservare che la proposta del cittadino Duchatel gli sembra, nel suo insieme, propria a produrre un male maggiore di quello che cercavasi ovviare . . . .

Il cittadino Cambacérès fa osservaro, che v'è già una disposizione legislativa contro l'uso delle controdichiarazioni, ma che essa non gli pare giusta. Questi atti debbono avere tutto il loro effetto fra le parti; basta per prevenirne l'abuso il sottoporli al dritto del registro, quando sono prodotti.

Il cittadino Tronchet dice, è necessario, in fatti, distinguere: una controdichiarazione deve esser valida fra le parti e nulla fra terzi; or, l'amministrazione del registro è un terzo per riguardo all'atto.

Il cittadino Defremon dice, esser contro tutti i principii, d'annullare indistintamente tutte le controdichiarazioni. Sarebbe meglio guarentito l'interesse del fisco, se, quando esse son prodotte, fosse inflitta la pena dell'ammenda alle parti, per non averle fatte registrare.

Il cittadino Duchatel ragionevolmente osserva, che quanto più la pena sarebbe maggiore, tanto più si cercherebbe occultare all'amministrazione la conoscenza dell'atto.

La proposta del cittadino Duchatel fu rinviata alla seziona

che sembra non averne fatto veruno conto, poichè essa ha compilato l'ar. 1321-1275 tale quale è nel Codice.

In fine, ciò che chiaramente addimostra l'intenzione del legislatore è, che con l'articolo 1396-1350 del Codice stesso annulla le controdichiarazioni che hanno per fine d'introdurre qualche cambiamento nelle convenzioni matrimoniali. È chiaro, che questa disposizione sarebbe stata inutile sotto l'impero della legge di frimajo, che annullava indistintamente tutte le controdichiarazioni. So dunque il legislatore ha creduto dovere stabilire questa distinzione, ciò deriva al certo, dal che nella sua mente le controdichiarazioni dovevano, in generale, produrre il loro pieno effetto fra le parti contraenti. Toullier, t. 8, n°. 182 (t. 4. edizione belgia di Tarlier). Arresto di Cassazione, del 10 gennaje 1819; Sirey, 1819 p. 151. Dalloz t. 21. p. 119.

È degna d'osservazione la specie della quistione decisa con questo arresto; poichè la Corte ha giudicato che l'art. 1321-1275, ch'esprime in termini precisi che le controdichiarazioni debbono avere il loro effetto fra le parti contraenti, s'adattava ancora a quelle che hanno per fine, di accrescere, in danno del fisco, il prezzo stipulato in un atto pubblico, e che l'art 40 della legge di frimajo anno VII, che dichiarava le controdichiarazioni nulle, era virtualmente abrogato dall'art. 1321-1275.

Merlin, nel suo Repertorio di giurisprudenza, s'è nondimeno appigliate alla contraria opinione, o come la sua opinione ha questo di particolare, ch'egli l'ha discussa nella sua seconda edizione, pubblicata molto tempo dopo gli arresti della Corte di Cassazione, non sarà inutile di dare un'occhiata alle ragioni su le quali si poggia. Quistioni del dritto v°. Controdichiarazioni (*Contre-lettres*) § III.

177. Gli atti sotteposti a bollo e che non sono stati bollati, son dessi nulli?

L'affermativa vivamente sostenuta nell'assemblea costituente, fu solennemente rigettata quando si discusse il decreto del 29 settembre 1791, che serve d'addizione alle leggi sul registro e bolle. Dipoi, questa decisione è stata confermata da un'arresto della Corte di Cassazione del 13 fruttidoro anno X, rendute su le conclusioni di Merlin.

178. Tali sono le cause principali della nullità degli atti e convenzioni; quande questi sono viziati da una delle sopraddette cause, essi son nulli per volontà della legge. La parte che ha interesse o qualità per prevalersi della nullità, onde essi sono affetti, non deve far altro se non pro-

vare che la nullità esiste, il giudice non può esimersi di pronunziarla.

Passiamo all' esame delle cause particolari della rescissione delle convenzioni.

SEZIONE II.

DELLE CAUSE DI RESCISSIONE.

179. Le cause della rescissione delle convenzioni che hanno avuto luogo fra maggiori, essendo differenti dell' azione in rescissione per cause di lesione che la legge accorda a' minori, abbiamo diviso la presente seziono in due paragrafi: sarà oggetto del primo l' esame delle cause di rescissione in generale, o nel secondo ci occuperemo dolla rescissione stabilita in favore de' minori.

§. *Delle cause generali della rescissione delle convenzioni.*

180. Le cause della rescissione delle convenzione, sono: 1°. l' errore; 2°. la violenza; 3°. il dolo, 4°. finalmente la lesione — Noi ci occuperemo di queste diverse cause, in altrettanti articoli particolari.

Art. I. *Dell' errore.*

L' errore è un vizio radicale nelle convenzioni, esso distrugge il consenso nella sua essenza. Quegli che s' inganna non fa ciò che vuole, e fa quello che non vuole; in una parola, non dà un valido consentimento. *Non videntur qui errant consentire.* Leg. 166 ff. de reg. juris.

In generale, si distingue *l' errore essenziale* e *l' errore accidentale.*

L' errore essenziale è quello che riguarda una cosa necessaria alla convenzione, o per sè stessa, o per l' intenzione de' contraenti. Quando vi sia stato errore essenziale, il consenso è viziato.

L' errore accidentale è quello che riguarda una cosa o un fatto che non ha veruno necessario legame con la convenzione. — Esso non è una causa della rescissione dolle convenzioni.

Se v' ha dubbio sul solo fatto di sapere se l' errore era essenziale o solamente accidentale, la convenzione deve esser mantenuta; poichè è per massima che, nel dubbio, l' er-

rore deve ricadere su colui che erra; supponendosi ragionevolmente, che ogni persona, che contratta, conosca quello che fa, o almeno non può esser scusata di non essersi procurati i necessarii schiarimenti.

In un modo più particolare si distingue 1°. l'errore della cosa stessa ch'è l'oggetto della convenzione; 2°. l'errore su la persona; 3°. l'errore sul motivo; e 4°. l'errore della legge.

183. L'errore che cade su la cosa stessa che forma l'oggetto della convenzione, è una causa di nullità. Un errore siffatto distrugge sin l'apparenza della convenzione; non solo v'è stato errore, ma v'è stata ancora mancanza di consentimento, le parti non essendosi inteso su la cosa, non v'era *consensus in idem placitum*, nè può darsi luogo in questo caso alla rescissione, poichè non v'ha bisogno di rescindere quello che non è esistito giammai.

Per esempio, io intendo vendervi il mio podere di San Marziale, e voi intendete comprare il mio stabile di Cabarieu; non v'è vendita, poichè noi non c'intendiamo su l'oggetto della convenzione. Supra, n° 33.

184. Se l'errore cade solamente su *le qualità* della cosa, non può essere una causa di nullità, poichè esso non impedisce che la convenzione si formi — Ma è desso un giusto motivo di rescissione?

Sì, se queste qualità sono essenziali, vale e dire se, per la loro natura, o per un motivo qualunque, posson riguardarsi come aver mossa la volontà delle parti contraenti.

Per esempio, io compro un vaso d'argento dorato, credendolo di oro e pagandolo per tale: è chiaro, che comunque non siavi stato errore su la cosa, perchè l'ho veduta co' proprii miei occhi, e ch'è precisamente quella che ho voluto comprare, potrei pur non di meno far rescindere la vendita; in fatti, ciò che m'avea mosso era la materia della cosa ch'io comprava; o non v'ha verun dubbio che se io avessi supposto che il vaso era d'argento, io non l'avrei punto comprato, o almeno non l'avrei pagato tanto caro.

No, se queste qualità non sono che accidentali, vale a dire, se esse non han punto un legame necessario ed assoluto con la convenzione, o che non siavi ragione da poter credere che abbian determinato la volontà delle parti. Per esempio, se il vaso che ho da voi comprato era veramente d'oro, ma di una qualità inferiore a quella ch'io credeva comprare; in questo caso, non è presumibile che la qua-

lità dell'oro abbia mossa la mia volontà. *Leg. aliter ff. de controct. empt.*

155. Del rimanente, in siffatta materia, i giudici debbon spiare e seguire la volontà de' contraenti; spessso accade che una data qualità della cosa che sembrava essenziale, pure non ha determinato la volontà, e che un'altra che per se stessa sembrava legarsi di una maniera molto indiretta alla convenzione, ne sia stata intanto la causa determinate. In questi casi, l'intenzione delle parti, quando è manifesta, è l'unica guida che il giudice deve seguire per decidersi a rescindere o mantener il contratto.

156. *L'errore su la persona* è una causa di rescissione, qualora la considerazione di questa persona è la causa principale della convenzione; art. 1110-1064.

Per esempio, se io do l'incombenza di un quadro ad un cattivo pittore che scambio con un pittore famoso onde egli ha lo stesso nome; se provo ch'io credeva trattare con quest'ultimo, sarebbe indubbitato che, la considerazione dell'ingegno dell'artista avendomi solo deciso a trattare, il contratto dovrebbe esser rescisso. Se dunque ho promesso la somma di 10,000 franchi al mediocre pittore, per prezzo del suo lavoro, onde per errore l'incombensai, non sarei in obbligo di pagarglieli. Tuttavia, io devo a quest'artista un'indennità proporzionata al suo lavoro, alle spese da lui fatto, chè egli non può esser la vittime del mio errore e della mia trascuranza nel saper prendere le necessarie informazioni (art. 1382-1336). Io nò gli dovrei verun compenso solo nel caso, che egli si fosse accorto del mio errore prima ch'abbia fatta alcuna spesa, o incominciato a lavorare: la sua reticenza sarebbe fraudolenta, e non potrebbe essere ammesso a piatire di un torto che egli volontariamente si è procacciato.

187. Nei contratti a titolo gratuito, la considerazione per la persona alla quale si dona, è la causa determinante la volontà, chè non si fa un dono altrimenti che per dovere o per affezione, e questi due santimenti non s'addicon indistintamente ad ognuno.

188. Nei contratti di matrimonio, la considerazione per la persona è del pari la causa determinante la volontà dei contraenti; in simili contratti bavvi quasi sempre, un sentimento di preferenza e di convenienza per la persona che si sposa. Se dunque vi fosse stato errore su la persona, si può chiedere che il contratto si rescinda. Ma osservato, che questa azione dev'esser fatta quasi istantaneamente; la minima coabitazione, il minimo indugio producono una ratificazione

reclamata dalle convenienze e dall'ordine pubblico. — Un'azione poggiata sur una causa siffatta dev' essere ammessa con le piu grandi precauzioni; e quando l'errore è manifesto, il più leggiero dubbio deve risolversi in favore dell' indissolubilità del matrimonio.

189. Nelle transazioni si stima generalmente, che la considerazione per la persona abbia determinata la volontà ; è questa la conseguenza dell' art. 2053-1925, che dispone che una transazione può essere annullata quando v' ha errore su la persona ; la ragione n'è, cho quegli che transige, perchè non vuole sostenere una lite contro una persona, aon avrebbe fatto forse veruna concessione se la contesa fosse insorta con un altra

190. Quando non è certo che la considerazione per la persona abbia determinato il consenso , l'errore non è una causa di rescissione (art. 1110-1064).

Un siffatto errore non è di alcun peso ; se ne trova un esempio nel caso che avendo comandato di comprare giojelli da un orefice mio conoscente , il mio agente li compra da un altro ch'ei preferisce ; se questi giojelli mi sono stati conseguati e mi siano piaciuti, il negozio è stabilito (1).

191. L' errore su le qualità *accidentali* della persona , non è una causa di rescissione ; così , per esempio , non si potrebbe essere ammessa a dimandare la rescissione di un matrimonio pel motivo che erroneamente si credeva, che il marito cui s' è unito , fosse prefetto , ricivitore generale ec. ec. E, generalmente, l' errore sulla persona ci sembra esser solo accidentale , quando si raggira unicamente su queste qualità sociali. — Se alcuna volta siffatti equivoci sono stati la causa della rescissione di un matrimonio , ciò è stato a motivo dei fraudolenti raggiri usati da una delle parti in rispetto di quella che fosse caduta nell' errore , raggiri senza dei quali il matrimonio non sarebbesi contratto (Art. 1116-1070). Ciò , per esempio, ebbe luogo nella specie di una sentenza della Corte di Bourges , del 6 agosto 1827 , Sercy , 1828 , p. 40.

192 L' *errore sul motivo* è puro una giusta causa della rescissiona dello convenzioni quaudo sia stato determinante. Se l'obbligazione è l' effetto della mia volontà , questa ia se stessa altro non è cho l effetto del motivo cho m' a determi-

(1) Secondo noi , stando ai principii fermati , deesi dichiarar valida la compera de giojelli comecchè fatti d' altro giojelliere , quando siano quelli perfettamente conformi ai dimandati. La persona del giojelliere, nel caso , non costituisce l essenza del mandato , nè la causa determinante, a senso di quel che verrà dicendosi nel n°. 192.

nato; il consenso in questo caso non è dato in un modo assoluto, ma condizionalmente; se il motivo che mi ha determinato punto non esiste, la condizione non è punto adempiuta, e sono fondate a dire ch' in non ho convenuto, e che, perciò, non son punto obbligato.

193. Colui che vuol far dipendere il suo ebbligo dalla realità di un motivo sconosciuto, deve aver l'avvedutezza di farlo conoscere almeno di una maniera esplicita. — E questo è tanto necessario, che spessissimo il motivo determinante trovasi unito a motivi accessorii, che contribuiscon del pari a produrre la volontà, e che intanto non sono sufficienti perchè l'errore, che ad essi si riferisce, possa giustificare la rescissione di una convenzione. Nel dubbio, si suppone sempre che il motivo non sia che accessorio: tanto peggio per colui che avende un motivo determinante non le ha fatto conoscere; l'errore deve nuocere a chi l'ha commesso, *semper error nocet erranti*. Supra n°. 181.

194. L'enunciazione del motivo determinante non è per altro necessaria quante volte il motive è di tal natura che non potevasi ignorare dalle parti; è inutile in questo caso di farne una condizione espressa. « Sonovi, dice Toullier, delle » condizioni tacite che sonn inerenti alle convenzioni, *quae in-* » *sunt*, che no fanno necessariamente parte, quantunque non » vi sieno che implicitamente comprese. — Queste condizioni » implicite hanno altrettanta forza quante le condizioni espres- » se; senza di esse non si saprebbe concepire l'esecuzione » della fatta promessa. *Conditio per se inesse dicitur promis-* » *sioni, vel pacto, sine ea praestatio ejus quod promissum* » *vel de quo conventum est concipi nequit* ».

195. Il Codice civile comprende parecchie disposizioni che basterebbero per far conoscere che cosa devesi intendere pel motivo determinante di una convenzione; da vedersi soprattutte gli art. 1974-1846, 1975-1847, 2055-1927, 2056-1928, 2057-1929. E se i giudici debbon rintracciare, rare volte è che non le scoprano nell'oggetto della promessa, e nelle circostanze che l'hanno preceduta o accompagnata.

196. Le convenzioni sono del pari rescindibili a causa d'*ignoranza della legge*. — In generale l'ignoranza o l'errore, in materia di leggi o di doveri, si reputa come volontario e non impedisce punto l'imputazione delle azioni od omissioni che ne sono la conseguenza. — In fatti, si reputa che ognuno sappia la legge; questa presunzione è d'ordine pubblico, e nulla s'opporrebbe tanto all'esecuzione ed al potere delle leggi, quanto l'adito che fosse dato ad una per-

sona di pretendere ch'egli ignorava tal o tal'altra disposizione (1)

197 Non v'ha intanto dubbio veruno che se l'errore della legge onde una parte intende prevalersi per far rescindere un obbligo che ha contratto, poggiasse su l'ignoranza in che era questa parte di qualche disposizione della legge, quest errore sarebbe una giusta causa della rescissione, se esso fosse stato il motivo determinante della convenzione.

Abbiamo detto che una convenzione non poteva esistere se vi fosse stato errore *nel motivo determinante*, e n'abbiamo addotto per ragione che, in questo caso, il consenso non era stato dato che sotto una condizione che non s'avverava punto, or, egli è chiaro, che questa ragione si adatta a tutti i casi ne' quali siavi stato errore sul motivo determinante, e che non siavi luogo, d'altra parte, a distinguere se l'errore era un errore di fatto o un errore di dritto; nell'uno e nell'altro caso, io non ho dato il mio consenso se non perchè credeva vero quello che non l'era punto; ed è certo che se la disposizione della legge che m'aveva determinato ad abbandonare la mia cosa non esisteva, io sono stato indotto in errore il mio obbligo deve dunque esser rescisso, non si può mantenerlo nè come contratto a titolo oneroso, poichè io nulla ho ricevuto in compenso di quello che ho lasciato; nè come contratto a titolo gratuito, poichè io non aveva l'intenzione di donare ed ho fatto una cessione solo nell'idea, che avea concepito per errore, che la legge mi vi obbligava.

Che potrebbe opporre al mio reclamo la parte che avesse tratto profitto del mio errore? non sarebbe costretta di convenire ch'io non le dovea cosa varuna, che non aveva verun dritto alla cessione che le ho fatta? come potrebbe sottrarsi all'applicazione del principio d'equità, che le vieta d'arricchirsi col mio danno, *nemo debet locupletari detrimento alterius*?

Dirà, forse, ch'io non ho potuto acconsentire per ignoranza di legge, atteso che questo errore non si presume giammai, *nemo jus ignorare censetur*? ciò sarebbe trarre da questa massima una conseguenza stiracchiata, poichè col dire che non si presume l'ignoranza del dritto non vuol dirsi che non si possa errare nel dritto; non vuol dirsi soprattutto che quegli che

(1) Dopo che in fronte al Codice si è sanzionato e regolato il principio della pubblicazione delle leggi, la ignoranza di queste è diametralmente opposta alla presunzione *juris et de jure* della loro cognizione e scienza. Tale ignoranza può paragonarsi a quella degli oggetti circostanti per chi chiude gli occhi in pieno merigio.

non s'è obbligato se non in conseguenza di un errore di simil fatta, sia validamente obbligato; questa massima non ha certamente per fine di stabilire qual legge la ruvina di colui che va errato, a vantaggio di un ingannatore che cerca appropriarsi una cosa cui non avova dritto veruno. L'equità, questa norma sovrana delle convenzioni, non ammette dubbio di sorta a questo riguardo, essa non vuole cho colui che va errato sia legato dal suo consentimento. Nè la giurisprudenza, nè la legge il vogliono altrimenti: noi imprendiamo a provarlo.

198. Nel dritto romano l'errore di dritto come l'errore di fatto erano una causa di restituzione. V'era ciò non ostante qualche differenza; distinguevasi colui che allegava l'ignoranza della legge per guadagnare, e colui che l'allegava per non perdere, ed ecco quello che decideva nella duo ipotesi il giureconsulto Papiniano, nella legge 8 ff. *de juris et facti ignorantia* « L'errore del fatto non nuoce neppure agli uomioi, quanto volto possa loro far perdere ciò che loro appartione; ma l'erroro del dritto non giova neppure alle donne, quando trattassi di guadagno; del rimanente l'errore del dritto non può far perdere a chicchessia la sua proprietà. » *Error facti ne maribus quidem in damnis, vel compendiis obest. Juris autem error nec foeminis in compendiis prodest. Caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* Vedansi pure le leggi 7 e 13 Cod. tit.

199 Questa distinzione fu seguita dalla più parte degli interpetri dell'antico dritto; e noi abbiamo avuto l'agio d'osservare ch'essa porge il modo di conciliare parecchie leggi Romane che sembran esser opposte le une alle altre. In fatti noi abbiamo verificato che le une si adattavano all'errore allegato *pro lucro captando*, e le altre all'errore *pro damno vitando*.

Una siffatta distinzione non era punto ragionevole: perchè, in fatti, distinguere se l'errore cui son caduto m ha fatto perdere una perzione del mio avere, o se m'ha impedito di accrescerlo. Delle due una: *o io ho acconsentito a ragion veduta e senza errore*, ed allora devo esser tenuto all'obbligo cho ho contratto; o pure, *mi sono ingannato*, mi *son deciso per un motivo dimostrato falso*, ed allora il mio consenso non essendo valido, sarebbe ingiusto cho ne soffrissi le conseguenze

Dobbiamo anche avvertire che molti giureconsulti, segnatamente Vinnio, si prosser l'assunto di porre in luce l'ingiustizia e la frivolezza dalla distinzione fatta dalle leggi Romane; essi sforzaronsi di giustificare che, in tutti i casi ove l'errore del dritto era il motivo determinante della

convenzione, esso viziava il consenso nella sua essenza, e doveva essere una causa della rescissione della convenzione. — Pothier della procedura, parte 5, cap. 4; Domat, Trattato delle leggi civili, lib. 1, tit. 18, n°. 14; d'Aguesseau, dissertazione su l'errore del dritto, t. 5 delle sue opere.

Quest'ultimo s'esprime nel modo che segue:

» Per sostenere che possa contrarsi obbligazione non ostante un *errore determinante*, non sarebbe sostenere che un'obbligazione senza causa, o fondata sur una causa falsa, ingiusta ed illegittima possa esser valida, che ciò ch'è nullo possa produrre effetti, che il dritto non abbia potuto stabilire un utile rimedio cui ha dato il nome di *condictio sine causa* o di *condictio indebiti*; e convertendo in siffatto modo tutte le donazione senza causa in donazioni forzose si faran passare tutti i contraenti che errano nel dritto come veri donatori.

Denizart nel suo Dizionario v. *Errore*, accenna ancora un'altra ragione: stima egli che qualunque errore di dritto produca un errore di fatto. Per esempio, ei dice, credere che Pietro è unico erede di Andrea suo fratello, mentre che non lo è; è un errore di fatto che può nascere dal non sapere che secondo la costumanza del luogo dove i beni di Andrea sono posti, la rappresentanza ha luogo in linea collaterale a vantaggio di parecchi nipoti del defunto. — Ne trae per conseguenza che quando un siffatto errore è stato la causa di una convenzione, questa convenzione è viziosa.

200. Il Codice conferma l'opinione degli autori da noi citati; in fatti, leggiamo nell'articolo 1109-1063 che il consenso non è valido quante volte fosse stato dato per errore. — Il legislatore non ha punto distinto l'errore del dritto, dall'errore del fatto. Volevano la ragione e l'equità che si comprendessero in una stessa disposizione e che loro si desse lo stesso effetto, quello cioè di far rescindere una convenzione.

Il legislatore ha talmente voluto intenderla in siffatta guisa, che provedendo quanto, in certi casi, sarebbe impossibile dire che l'errore del dritto era stato il motivo determinante della convenzione o dell'obbligo, ha stabilito dell'eccezioni alla regola generale scritta nell'art. 1199-1152. Queste eccezioni avendo per fine di convalidare la regola, dobbiamo richiamarle in mente a' nostri lettori.

201. *La prima* ha luogo nel caso che essendo stata fatta una confessione da una delle parti, essa vorrebbe farla rivocare a causa d'ignoranza di dritto; essa non può far-

lo, art. 1356-1310 Si comprende, in fatti, che riconoscendo un' obbligazione, cui naturalmente eravamo tenuti, ma dalla quale eravamo dispensati per dritto civile, è da supporsi avor noi voluto rinunciare al beneficio di questa legge. Così, voi mi chiamate in giudizio pel pagamento di una somma di 10,000 franchi; io dichiaro innanzi al giudice dovervi questa somma, e son condannato a pagarvi; non potrei far più rivocare la mia dichiarazione col dire che questa somma v'era dovuta da più di 30 anni, che, in tal modo, quando io l'ho riconosciuta era estinta per prescrizione, e che se l'ho riconosciuta è stato solo perchè ignorava che, essendovene rimasto per tanto tempo senza agire contro di me, io poteva più non pagarvela. Ma, osservato che in simili casi è difficilissimo ch' io possa provare che l'ignoranza della legge era il solo motivo determinante della mia ricognizione. Riconoscendo un dobito che non era legalmente provato, o ch'era prescritto, io ho potuto civilmente obbligarmi a soddisfare un' obbligazione cui ora naturalmente tenuto e il cui adempimento erami comandato dalla coscienza; or, questo motivo avendo potuto determinarmi a far la ricognizione che ho fatta, non può supporsene un altro che sarebbe meno decorso per me, nè si può ammettere che io, in certo modo, avvessi voluto appalesare la mia propria turpitudine *Nemo auditur turpitudinem allegans.*

202. La *seconda eccezione* ha luogo ne' casi di transazione. Secondo l'art. 2052-1924, questa specie di contratto non può rescindersi a causa d'ignoranza di dritto. Se ne comprende il motivo: la transazione è un contratto mediante il quale le parti pongon fine ad una lite che hanno fra loro o prevengon quella che potrebbe insorgere (Art. 2044-1916). Esse fanno un convegno che ognuna di loro antepone alla probabilità di vincere o al pericolo di perdere; *qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit*, leg. 1. ff. de transac. — Questo convegno ha un certo che di aleatorio, che non ci permette di supporre che le parti abbiano potuto prevedere la sorte della loro contesa o che abbiano conosciuto il vero senso della legge che dovea giudicarle. In un contratto di tal sorta, il solo motivo che si può presumer aver determinato le parti contraenti, è quello espresso nell' art. 2044-1916, val quanto dire *il desiderio di por fine ad una lite ch' esse avevano insieme o che poteva insorger fra di loro.*

203. Ma, in qual maniera conciliare la disposizione dell'art 2052-1924 che non permette la transazione possa rescindersi a motivo dell' ignoranza del dritto, con la disposi-

zione dell'art. 2054-1916, secondo la quale v' ha luogo a rescissione contro una transazione, quand essa è stata fatta in esecuzione di un titolo nullo, a meno che le parti non abbiano espressamente transatto sulla nullità? Noi tratteremo questa quistione infra art. 2, sez. 2 al capitolo della *ratifica*.

204. Il Codice non ha fatto altre eccezioni alla regola: che l' errore di dritto, come l' errore di fatto è una causa di rescissione delle convenzioni, quante volte esso è stato la causa determinante della volontà, ma queste bastano per avvalorare la regola. Si comprende, in fatti, che sarebbe stato all'intutto inutile di fare eccezioni per i due casi suddetti, se, in prima, l' errore del dritto non fosse stato una causa di rescissione. In tal modo ora non cade più dubbio veruno su questa quistione. Consultisi Favard de Langlade, Repertoir, v. Errore.

205. Alquanti Giureconsulti, segnatamente Voët, nelle sue Pandette, lib. 12, tit. 6, n°. 7; e Pothier, Trattato dell' azione *condictio indebiti*, volevano fare ammettere una terza eccezione, pel caso nel quale altri avesse pagato, *per errore di dritto*, una somma che non doveva; essi avrebbero voluto che, in questo caso, l' errore non desse luogo alla ripetizione di ciò che sarebbe stato pagato indebitamente. Ma quest' opinione è inconciliabile con le disposizioni dell' art. 1377-1331 che stabilisce per regola generale « allorquando una persona che, *per errore*, si credeva debitore ha pagato un debito, ella ha il dritto di ripetizione contro il creditore », e con molta meraviglia noi abbiamo veduto l'opinione di questi giureconsulti confermata da una sentenza della Corte di Parigi, de 25 Gennajo 1823. Quindi questa sentenza è stata cassata dalla Corte Suprema con una decisione del 24 Gennajo 1827. Sirey 1827, p. 350. Ecco le parole di questa decisione:

» Veduto gli art. 1235-1188 e 1377-1331, atteso che questi articoli pongono per principio generale che quegli che, *per errore*, credendosi debitore, ha pagato in suo nome ciò che non doveva, è ammesso a ripetere dal creditore ciò ch'egli ha in tal modo pagato; che questo principio è stabilito senza distinzione sopra l' errore di fatto e l' errore di dritto, e che non è permesso far distinzioni ove la legge non ne fa punto.

» Che se la seconda parte dell art. 1235-1188 e gli art. 1356-1310 e 2052-1921, stabiliscono dell'eccezioni tanto pei casi dell' obbligazione naturale volontariamente soddisfatta, per rispetto alla quale non v' ha luogo a ripetizione, quanto per quelli della confessione giudiziaria, e della transazione la

prima delle quali non può essei rivocata e l'altra non può essere impugnata per causa di errore di dritto, queste eccezioni confermano la regola generale pe' casi non eccettuati — Nasce da ciò che, nella specie, annullando il giudicato del tribunale della Senna in quella parte che aveva ordinato la restituzione di 5,000, franchi, totale delle due cambiali onde si tratta, e motivando quest' annullamento su ciò che il maggiore non può farsi restituire contro l' errore del dritto, la Corte Reale di Parigi ha violato gli art. 1235-1188 e 1377-1331 precitati, annulla ec ec.

206. Ci rimane a fare osservare che l'errore di dritto essendo una causa di rescissione di una convenzione, solo perchè produce l' effetto che la convenzione sto in una causa falsa, ne risulta che la parte interessata deve dimostrare che il suo errore è stato il motivo determinante della sua volontà; in altri termini, che provi che se ha consentito, ciò è stato solamente perchè supponeva vero un punto di dritto che in fatti non l' era. — Non altrimenti che se, all' errore di dritto, si trovassero uniti altri motivi che avessero potuto determinare la sua volontà, quest' errore non sarebbe presumibile e l' esistenza di questi diversi motivi particolari, dando una causa legittima all' obbligo, e facendo per ciò ancora dubitare se veramente vi fosse stato errore di dritto, la parte che volesse prevalersi di questo errore, dovrebbe esser dichiarata non ammissibile Per esempio, Pietro ch' è mio parente muore: io sono chiamato dalla legge a succedergli; intanto, nella fiducia in cui sono che Antonio è parente di Pietro nello stesso grado, l' ammetto alla divisione dell' eredità. Non v' ha guori che, fatto accorto del mio errore, io dimando la rescissione della divisione alla quale ho consentito per errore di dritto, è indubitato che la mia dimanda dev' essere ammessa, poicchè io aveva dato il mio consenso solo per errore e che per questo motivo ho solo consentito a ricooscere in Antonio de' dritti ch' egli non aveva.

Supponiamo, in contrario, che Teodoro mi deve una somma di 1, 000 fr. da più di 30 anni. Io gl' intimo l' esecuzione del titolo. Egli non mi oppone la prescrizione e mi paga; potrebbe farsi restituire il suo danaro dopo questo pagamento, sotto pretesto che se mi ha pagato, ciò non è stato che per errore e perchè ignorava la prescrizione dell' azione? No, certamente; poichè se Teodoro ha potuto pagarmi, nulla sapendo della prescrizione del suo obbligo, ha potuto del pari pagarmi per un riguardo alla conve-

nienze sociali, poichè quantunque l'azione civile fosse estinta, pure naturalmente non era meno tenuto all'obbligazione prescritta, e si deve supporre che Teodoro m'abbia pagato per adempiere quest'obbligazione: è su questo fondamento che il legislatore dopo aver detto nell'art. 1235-1188, che ciò ch'è stato pagato senza esser dovuto era sottoposto a ripetizione, aggiunge: « La ripetizione non è am» messa in riguardo allo obbligazioni naturali che sono state » volontariamente soddisfatte. »

207. Il legislatore stabilendo il principio che il consenso non è valido, s'è stato dato per errore, ha lasciato a' giudici il dritto di decidere in qual caso una parte, che pretende essersi ingannata, debba essere ammessa a provaro il suo errore, e loro ha del pari lasciato il dritto di esaminare questa prova, di ammetterla o dichiararla insufficiente. — Il giudice deve ponsatamente riflettere su la grave importanza di un siffatto dovere, egli devo solo consultare la sua coscienze. Pure noi ci prenderem la licenza di fargli osservare ch'ei non deve punto ammettere le antiche distinzioni, ondo la sottigliezza di qualche antico dottore avea fatto delle regole false e non adattabili. Così, soprattutto, non deve più di presente ritenere una distinzione della quale si abusava nella pratica e che facevasi fra l'*errore vincibile* o l'*errore invincibile*, il primo era quello che consisteva nell'ignoranza in che erasi per propria colpa o per propria trascuragine, la quale s'avrebbe potuto evitare quante volte s'avesse avuto la cura di adoprare la maggior diligenza possibile. — Il secondo era quello che non si poteva evitare con tutta la possibile attenzione.

Dicasi lo stesso della distinzione fra l'errore che ha riguardo ad un fatto a noi proprio, e l'errore che ha riguardo ad un fatto che non e'è proprio.

208. Queste distinzioni non hanno per sè stesse veruna autorità. Al più posson servire di guida a' magistrati nell'investigazione e nel carattere dell'errore; in altri termini, esso sono tutte di fatto, e non hanno veruna forza in dritto.

Art. II° *Della violenza e del timore.*

209. La libertà è inerente all'essenza del consenso; cedere alla forza è un atto di necessità, e non un atto di volontà: se io vi prometto 10, 000 fr., dietro la violenza che voi usato contro di me, è come se nulla vi promettessi, perciocchè una simile promessa non emana dalla mia vo-

lontà ma si ben dalla vostra; io sono in carto modo un istrumento puramente passivo ed il consenso ch' io ho dato non può essermi attribuito, come non si può attribuire il delitto alla spada onde abbiamo fatto uso per ferire qualcuno.

210. I legislatori romani abborrivano talmente la violenza adoperata nelle convenzioni, che sentivan quasi d' ingiustizia; essi decidevano, che se un creditore avesse strappato per forza dalle mani del suo debitore, il danaro che gli doveva, era obbligato di restituirglielo; e lo condannavano anche a perdern il suo credito. *Leg. 13 ff. ex quib. caus. major. in integ. asti.*

211. Le nostre leggi proscrivono del pari la violenza, ed annullano il consenso non libero Art. 1109-935 e 1111-1065.

212. Sotto il riguardo morale, qualunque sorta di violenza, le vie di fatto, le semplici minacce sono riprovevoli e sono un modo odioso d' impadronirsi della roba altrui.

213. Agli occhi della legge, sarebbe stato pericoloso di considerare tutti questi generi di violenza come cause sufficienti di rescissione. In quel modo ch' era giusto che il legislatore si facesse a soccorrere un cittadino vittima di una notevole violenza, nel modo stesso ci non doveva por mente ai piati della pusillanimità e della codardia; or, è per adempiere questa duplice convenienza ch' egli ha indicato, quali siene i carattori della violenza, e quali le circostanze che debbano precederla o accompagnarla perchè essa potesse essere una causa di rescissione delle convenzioni. Questo carattere e queste condizioni sono determinate dalle regole seguenti.

214. *Regola prima.* Perchè siavi violenza, è d' uopo ch' essa sia di natura a fare impressione sur una persona sensata ed inspirargli timore di esperre la sua vita o il suo avere ad un malo considerevole e presente. *Metus non vani hominis sed qui in homini constantissimo cadat.* leg. 2. Cod. tit. *quod metus causa.* Ma come la violenza non fa in tutti la stessa impressione, chè non tutti abbiamo la stessa farmezza e la stessa forza per resistervi, i giudici debbon aver riguardo al sesso ed alla condizione delle persone. Art. 1112-1066. Così l'uomo, affetto da una grave infermità, è più soggetto a spaventarsi che l' uomo robusto ed atante della persona; l' uomo è soggetto alla paura meno di una giovane timida ec. ec.

I giudici debbono del pari aver riguardo alle circostanze; essi prenderanno contezza se la violenza è stata fatta da una o più persone, se ebbe luogo di notte o di giorno, s'è sta-

to in città o in campagna, e solo accozzando tutti questi fatti potranno essere in grado di valutare il carattere della violenza allegata, e calcolare esattamente l' impressione che ha dovuto fare su l' animo di colui che se ne querela.

215. Perchè siavi violenza, uopo è che sia di natura a far temere alla persona che n' è l' oggetto, un male considerevole e presente: (Art. 1112-1066) Per poco che il pericolo fosse cessato, non si potrebbe dire che il consenso non sia stato libero. — Se, per esempio, io vi minaccio presto o tardi d' uccidervi, qualora non mi facciate un obbligo di 10, 000 fr., questa minaccia in qualunque modo fatta, non è bastevole per caratterizzare la violenza e dar luogo alla rescissione del mio obbligo, se io ho avuto la debolezza di acconsentire.

216. Del rimanente, non è necessario che sianvi state vie di fatto; sonovi circostanze nelle quali si violenta con più forza la volontà altrui con le minacce, che co' colpi che gli si potessero dare. *Ut non dubium sit quin major adhibita vis ei sit, cujus animus sit perterritus quam illi cujus corpus sit vulneratum;* Cicero pro Cincin. Solamente egli è d' uopo che, come nella violenza per via di fatto, le minacce faccian temere un male considerevole e presente. *Metum non jactationibus tantum vel contestationibus sed atrocitate facti probare convenit.* Leg. 9. Cod. de his quae vi etc.

217. Non si può pretendere che siavi stata violenza per parte di colui che altra cosa non abbia fatto se non servirsi del dritto che la legge gli accordava: per esempio, per parte di colui che ha ricorso alle vie giudiziarie, anche con un estremo rigore, per ottenere l' esecuzione di un titolo legittimo; per esempio ancora, per parte del magistrato o dell' ufficiale ministeriale che avranno agito con severità nell' esercizio delle loro funzioni e senza abusarne. *leg. ult. Cod. de his quae vi etc.*

218. È certo del pari che un debitore non potrebbe ottenere la nullità di un obbligo, ch egli avesse sottoscritto per assicurare il pagamento di un debito legittimo, sotto il pretesto ch' era in prigione, e che gli si era promesso liberarnelo. In vano direbbe egli che il suo consenso non è stato se non l' effetto del timore, non dovrebbe punto badarglisi; chè se questa violenza era ingiusta poteva farla finire, e poi non era di natura a far su l' animo suo un' impressione tanto forte e tale quale è caratterizzata dall' art 1112-1066.

219. *Quid*, se l' incarceramento è stato l' effetto di una

violenza illegale, ingiusta, o fatta solo nel fine di estorquere il consenso?

Bisogna distinguere: delle due una; o esisteva un debito o non esisteva punto.

Nel primo caso l'obbligo non può annullarsi, perchè ha una causa legittima e non arreca verun pregiudizio al debitore. Questi era nell'obbligo di pagare i suoi debiti, egli doveva almeno produrre il titolo che gli si domandava o non aspettare che ve lo avessero costretto con la forza. Il suo rifiuto è disleale e lo rende poco stimabile. Quanto grave possa essere agli occhi della legge l'attentato alla libertà individuale, esso non può giustificare l'applicazione del decreto di Marco Aurelio pel quale tante volte s'è quistionato. Questo principe dopo aver detto ch'eravi violenza sempre che non s'avesse avuto ricorso a' mezzi legali, per ottenere ciò che legittimamente era dovuto, voleva che, quando un creditore avesse ricevuto od ottenuto per violenza alcuna cosa dal suo debitore, fosse anche la somma che gli era dovuta o che gli doveva esser pagato di buona volontà o per autorità di giustizia, perdesse il suo credito. *Leg. 13 ff. quod metus causa* etc. Veruna disposizione de' nostri Codici autorizza un'egual disposizione. Uopo è del pari convenire ch'essa fu dettata non tanto da un sentimento di giustizia quanto per quel sentimento nazionale che anteponeva a tutto quanto le cose la libertà del cittadino romano (1).

Dobbiamo aggiungere che la legittimità dell'obbligo non impedirebbe punto che il debitore potesse dimandare e potesse ottenere una riparazione, a motivo del pregiudizio fatto alla sua libertà; siffatta violenza costituisce un vero delitto la cui gravità misurasi a norma del carattere dell'individuo che se n'è reso colpevole, (Art. 114-197, 119, 122-241, 341-169, 343-172, Codice penale) e che dà sempre luogo ai danni ed interessi. Naturalmente questi danni ed interessi

(1) La dottrina del nostro A. è così poco generosa e legale, che noi non esitiamo un solo istante di rifiutarla a tutt'uomo. Se non sapessimo d'essere francese, e se ignorassimo le istituzioni politiche di quel paese, penseremmo che nato fosse in Africa ed di là dell'atlante. Dire che la incarcerazione abusiva non sia cagione di nullità d'obbligazione, che l'attentato alla libertà individuale non rinchiude la violenza; bandire che i nuovi codici non rinchiudono alcun principio di quelli consegnati nella legge romana *quod metus causa*, e c e la libertà del cittadino non meriti un tal riguardo e non debba entrare nella idea della giustizia; sono cose in verità indegne di lui, indegnissime della giurisprudenza di un codice tanto pregevole, e di un secolo come il XIX. Del rimanente il sig. Solon si manifesta contraddicente a se stesso per quel che dichiara nel seguente periodo di questo numero.

modificano l' obbligazione del debitore ed alle volte anche la riducono a nulla. Ma, osservato che questa estinzione di titolo lungi di essere l' effetto della nullità dell' obbligo per causa di violenza, altro non è se non il risultamento della compensazione che ha luogo di pieno dritto nel punto in che è renduto il giudizio, che, da una parte, riconosce la legittimità del debito e che dall' altra accorda al debitore i danni, interessi. (Art. 1289-1243 o 1290-1244). (1).

Nel secondo caso l' obbligo è nullo per mancanza di causa. *Qui in carcerem quem detrusit ut aliquid ei extorqueret, quidquid ab hanc causam factum est nullius est momenti*; e, dippiù quegli ch' è stato imprigionato ha dritto a' danni ed interessi considerevoli.

220. Può esservi difficoltà per provare se la violenza abbia avuto solo per oggetto di far riconoscere un debito legittimo, o pure di estorquere un titolo per una somma che non era altrimenti dovuta. Si comprende bene che in questo caso spetta al violentatore di addurre la pruova ch' eragli dovuta qualche cosa. L' altra parte essendo stata violentata, altro non deve provare se non i fatti di violenza onde si querela. La presunzione della legge sta per lei, tanto peggio per la prima che, per la sua imprudenza e per la sua prava condotta, ha voluto incorrere in tutte le sfavorevoli conseguenze che risultano da una mala azione.

221. *Regola seconda.* La violenza usata contro colui che ha contratto un' obbligazione è una causa di nullità ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da colui a vantaggio del quale la convenzione è stata fatta. (Art. 1111-1065). Imperciocchè, comunque in simili casi quegli col quale io ho contrattato non abbia avuto veruna parte alla violenza, il mio consenso, pur non dimeno, è stato dato contro mia voglia, ed è precisamente la mancanza di consenso che ha determinato il legislatore o svincolarmi della convenzione che m' hanno forzato a consentire. *Neque enim lex adhibenti vim irascitur, sed passo succurrit* Controv. di Seneca 4, 26.

222. *Regola terza.* La violenza è causa di nullità di un' obbligazione non solo quando è stata usata contro la parte che ne muove querela, ma ancora quando fosse stata usata contro il suo marito, la sua moglie, i suoi ascen-

(1) Ne duole di non poter essere d'accordo col valente autore neppure in questo: o l' obbligazione è nulla e v' è azione di danni ed interessi contro chi l' estorque, o è valida, ed un atto valido non può dare azione di danni ed interessi.

denti, i suoi discendenti. (Art. 1113-1067). Il legislatore assennatamente ha stimato, che l'uomo era del pari sensibile a' patimenti cui potessero soggiacere la sua moglie, i suoi figli, o i suoi ascendenti, come a quelli che potesse egli stesso sopportare.

223. Il Codice non fa punto parola del timore come causa della nullità de' contratti. Pure è certo del pari, che in molte circostanze esso produce gli stessi effetti della violenza; come a quanto questa esso agisce su l'animo nostro con altrettanta forza per toglierci la libertà di fare o di non fare. Tale sarebbe il timore che fa nascere in noi la vista di un pericolo, che minaccia noi stessi o la nostra moglie, i nostri discendenti, i nostri ascendenti. Tale sarebbe quello che c' inspira la minaccia di appicare il fuoco alle carte rilevanti, dalle quali dipende l'onor nostro o il nostro avere. *Leg si non is necipiat pecuniam cod. de his quae vi.* E fuori dubbio che, qualunque obbligo derivato da un siffatto timore, dovrebbe esser rescisso; la ragioni sono le stesse che pe' casi di violenza; ed io generale è con gli stessi principii, che van risolute le quistioni che spettano all' uno ed all' altro.

224. Havvi intanto grande differenza fra le obbligazioni che sono l'effetto della violenza e quelle che sono l'effetto del timore. Nelle prime, come coloro cui si consentono son sempre nocevoli, così può sempre esservi luogo a rescissione. All'opposto, le seconde *posson* esser mantenute come aventi una causa legittima, quantunque dettata dalla presenza di un pericolo grave e dalla paura di esserne la vittima. Per esempio, se stando per perire nelle fiamme, in prometto la somma di 1000 franchi a colui che mi salverà la vita, e che Giovanni si fa innanzi per ricovere il mio obbligo e mi libera, la mia obbligazione è valida, perchè ha una causa giusta, ed è la ricompensa del beneficio ricevuto, *leg. 9*, §. *I. ff. quae metus causa*. Poco monta che il pericolo in che mi trovava fosse solo l'effetto della mia paura, Giovanni non era punto nell' obbligo di esporre la sua vita per me, e questa sua virtuosa azione, comunque poco generosa, merita pur non di meno una ricompensa.

Ma, supponiamo che il mio obbligo fosse smodato, potrei dimandarne la riduzione? ci sembra certamente che sì; imperciocchè se la promessa che ho fatto a colui che mi ha salvato la vita è giusta, perchè è ricompensa di un favore che mi ha renduto, essa divione ingiusta se eccedesse i limiti che mi prescrivevano l'imminenza del pericolo, la man-

canza de' soccorsi, lo stato della mia fortuna, gli sforzi di colui verso del quale mi sono obbligato ed il pericolo ch'egli aveva ad affrontare. Ogni contratto sinallagmatico nel quale ciò che una delle parti guadagna eccede di molto ciò ch'ella fa o ciò ch'ella dà, è contro i principii della giustizia; l'uguaglianza che costituisce il carattere proprio di questi contratti, più non esiste, e tutto fa supporre che non siavi stata, per parte di uno de' contraenti, quella mente libera, quella prudenza necessaria per consentire un' obbligazione. Dovranno dunque i giudici indagare la causa di una siffatta ineguaglianza; or, nella specie, il loro assunto non è punto difficile; la posizione nella quale io era, prova ch' io non ho agito posatamente. L' esagerazione della promessa da me fatta, prova la mia mancanza di libertà ed il vizio del consenso che io ho dato: v'ha dunque luogo a ridurre ad una giusta proporzione il mio obbligo. Sarebbe forse più giusto di annullare l'obbligazione considerandola come l'effetto della paura, salvo per altro d'accordare a colui al quale ho fatto la promessa, la giusta ricompensa della sua buona azione.

Il pericolo che ha mosso in noi la paura deve rapportarsi ad un male considerevole e presente, altrimenti esso non potrebbe essere una causa di rescissione. Se, per esempio, altri si fosse obbligato verso una persona per farsi scortare e farsi difendere da' ladri, l' impegno contratto sarebbe obbligatorio; Burlamachi, *del dritto naturale*, *parte* 3, *cap.* 4, *n°.* 5. In questo caso non v' ha un timore tanto impellente da far supporre che il consenso non sia stato libero.

225. Le convenzioni che hanno per causa il timore ed il rispetto che e' mente un autorità, sussistono in tutta la loro forza, quand' anche si potessero risguardare come cause determinante e condizione *sine qua non.*

In un governo libero, quale è quello in che noi viviamo, un cittadino non sarebbe scusabile di agire contro la sua coscienza, o in onta de' suoi dritti per la paura di venire in disgrazia del potere. Il timore riverenziale verso un padre, una madre od altri ascendenti, senza che siavi stata veruna violenza, non è sufficiente per far rescindere un contratto, Art. 1114-1068. Di presente noi più non ammettiamo l' antica massima: *Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini.*

226. Quando una parte è ammessa a provare i fatti di violenza, può succedere che non possa dare questa pruova, o che possa solo stabilire fatti che non sono abbastanza gravi per costituire la violenza. Non è certamente da supporsi

per ciò, che la parte cui si accagionano fatti di questa natura debba essere assoluta, quante volte i fatti provati possono motivare la nullità della convenzione per un altra causa, e l'istante ha avuto l'accorgimento di conchiudere per quelli ed altri motivi. Per esempio, io sono stato costretto di firmare un obbligo del quale non ho ricevuto la somma; sono nell'impossibilità di provare i fatti di violenza ch'io avea indicati, o pure i fatti da me stabiliti non caratterizzano abbastanza la violenza; è certo che questi stessi fatti possono essere considerati da' giudici come pratiche frandolenti senze le quali io non avrei punto dato il mio consenso, e che almeno i giudici possono in essi scorgere le pruova che la mia obbligazione era senza causa. Dunque su la mia dimanda essi possono annullarlo o rescinderlo. Vedete l'articolo seguente. Ma noi lo ripetiamo, è utile di conchiudere per i detti ed altri motivi.

ART. III. *Del dolo, della frode, della sugestione*, ec. ec. (1).

227. Il dolo e la frode sono altressì una giusta causa di rescissione delle convenzioni, essi fanno eccezione a tutte le regole: *Si quid dolo malo factum est perpetuo praestandum est*. Leg. 3 §. 5 de *hered. vel act. vend.* L'azione che la legge accorda per ripararne gli effetti è propizia quanto mai.

228. Il dolo e la frode comprendono tutte le giunterie, le astuzie, le macchinazioni delle quali si può far uso per ingannare alcuno *Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum fallendum, decipiendum alterum adibitae*. Ma, il dolo non può essere una causa di rescissione di una convenzione, se non in quanto i raggiri usati da una delle parti sono stati tali, d'apparir manifestamente che senza di essi l'altra parte non avrebbe punto contrattato. (Art. 1116-1070).

In fatti, ben si comprende che se la morale riprova ogni qualunque giunteria, ogni qualunque raggiro, la giurisprudenza non può estendersi altrettanto del pari. E necessario un dolo determinante, raggiri tali da esser ben certo che senza di essi il consenso non sarebbe stato dato. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astucias; leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligenter*. Cic. de off lib. 3 cap. 17. Così ogni sorta di menzogna non costituisce

(1) Da consultarsi l'eccellente Trattato del Dolo e della Frode di Chardon, —1 vol. grand 8. pubblicato alla libreria di giurisprudenza di H. Tarlier a Bruxelles. *(Nota dell'autore.)*

una pratica fraudolenta, e la fiducia troppo spensieratamente concessa, non può considerarsi come l'effetto del dolo di colui al quale altri avrà imprudentemente consentito un obbligazione od una quietanza. » È d'uopo, dice Merlin, di » fatti capaci di trarre in errore la comune prudenza, da » mandare a vuoto tutti quegli avvisamenti e cautele che nel» l'uso accompagnano, o debbono accompagnare tutte le tran» sazioni civili e commerciali ».

229 Il dolo che non fosse stato il motivo determinante della convenzione, e che anche perciò non fosse sufficiente, per farla rescindere, sarebbe nulla meno una cousa sufficiente per fare aggiudicare i danni a colui che fosse stato ingannato; i danni sarebbero proporzionati al pregiudizio sofferto. (Arg. dell' art. 1328-1282).

230. Il dolo usato da una parte in riguardo dell'altra, non vieta che vi sia stato consenso o che la convenzione non sia perfetta nel rigore del dritto. Ed è solamente perchè questo consenso m'è stato carpito, col dolo, dell'altra parte, o che sta per massima che ognuno deve riparare il pregiudizio che cagiona col suo dolo, che questa parte deve indennizzarmi de' danni. *Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest, quia enim per dolum obligatus est competit ei exceptio.*

Or la valutazione di questi danni non può farsi in modo più preciso, se non rescindendo l'obbligazione; poichè, come molto acconciamente dice Blakstone, nel suo comentario su le leggi inglesi, cap 8 » Potendosi un torto qua» lunque considerare come operante semplicemente la pri» vazione di un dritto; la restituzione di questo dritto, onde » è stata privata la parte lesa, è il rimedio evidente è na» turale di qualsivoglia torto ». (1)

231. Poichè il dolo non vieta che la convenzione sia perfetta nel rigore della legge, ne risulta che, se il dolo è stato le-

(1) Le idee dell'autore non pare che possano del tutto ritenersi senza una distinzione ed un chiarimento. Secondo noi, il dolo può e dev esser riguardato in doppio modo, cioè quando mena all'errore sulla sostanza dell'atto contratto e quando ne colpisce gli effetti e non intes che alle conseguenze. Nel primo caso il dolo è causa di nullità come l'errore medesimo; imperocchè pel dolo la cosa comparisce come non è o diversamente da quel che è; e però il consenso dee dirsi mancato, non essendo consenso ove non vi è cognizione e sicurezza nella cosa sopra cui si consente. Nel secondo poi non vi è causa di nullità, imperocchè la legge vuole il consenso per la verità del contratto e non per la utilità de suoi effetti, il consenso *a priori* e non *a posteriori*

pera di un terzo o che non v' era veruna collusione fra questo terzo e l' altra parte contraente, la convenzione sussiste in tutta la sua forza, conforme l' antica dottrina degli scrittori, *dolus tertii contractum non vitiat.* Ranchinoeus, tit. do dolo, art. 2, alla nota. — Leg. 15 ff. *de dolo malo.* Art. 1116-1070. Solamente quella fra le parti che fosse stata ingannata, dovrà essere indennizzata de' danni da colui ch' è stato l' autore della frode; Potbier, dell' Obbligazioni, n°. 31 e 32. Vedasi pur noadinaeo infra, n°. 240 della suggestione.

232. È questa una conseguenza rigorosa, percioche può succedere che, essendo l' autore del dolo insolvibile, la parte ingannata non possa ottenere riparazione del pregiudizio sofferto. Confessiamo schiettamente ancora che non sappiamo comprendere perchè nel caso di dolo, debba esservi luogo a rescindere il contratto quando i raggiri sieno stati adoprati dalla parte stessa contraente, mentre che la violenza è una causa di rescissione anche quando fosse stata fatta da un terzo, Art 1111-1065; ma questa differenza esiste, ed ecco la ragione che ne adducono gli autori. Il più delle volte, le persone che usano violenza cercano a rimanersene nascoste a colui onde esse vogliono forzare la volontà; è stato dunque giusto l' accordare ad esso il dritto di farsi restituire contro gli effetti di questa volontà, qualunque sia stato l' autore della violenza; senza di che il danno avrebbe potuto essere irreparabile. Il dolo, all' incontro, non può provenire che da persone conosciute, percicchè quasi sempre esso fa supporre una grande fiducia ingannata; la parte lesa sa dunque cui doversi rivolgere per ottenere la rescissione della sua obbligazione.

233 Il dolo del tutore che agisce pel suo minore può esser considerato come il fatto di un terzo, e, come tale, insufficiente per fare rescindere un' obbligazione? Certo che no; il tutore non ha agito che pel minore, e d altra parte, questi non può, sotto qualunque pretesto, trar profitto del dolo e della frode fatta dal tutore, in suo vantaggio. A questo caso s' adatta la regola: *Factum tutoris est factum minoris.*

234. La specie di dolo e di frode che più comunemente ha luogo, e che quasi sempre rimane impunita, per la difficoltà che v' ha di provarla, è quella che addimandasi in leggo, *suggestione, captazione,* e che può definirsi: *la sostituzione, mediante artifizi fraudolenti, della volontà di un terzo a quella di un disponente, o di una parte contraente.*

Questo genere di dolo è tanto più contennendo quanto

i suoi ordinarii effetti sono l'eseredazione delle famiglie, ed è tanto più pernicioso, in quanto i raggiri che lo caratterizzano sono, il più delle volte adoprati presso un malato, o presso un individuo i cui sensi affraliti si piegano quasi sempre alla seduzione che gli circonda.

235. Quando era in vigore l'ordinanza del 1731, art. 37, la suggestione era in modo speciale indicata come una causa di nullità de testamenti, e sempre nella pratica, i tribunali annullavano le disposizioni nelle quali la volontà del disponente era stata carpita per via di lusinghe.

236. Il Codice civile non contiene disposizioni precise su questo punto, ed il suo silenzio, nell origine, fa che s' elevino dubbii su la quistione di sapere se il legislatore ebbe l'intenzione di derogare all' articolo dell' ordinanza del 1731, da noi citata

Ci sembra che questi dubbii sieno un oltraggio pel legislatore: in fatti, come è da supporsi che in certi casi egli abbia voluto lasciar sussistere ciò che fosse il prodotto del dolo o della frode? Com' è da supporsi ch' egli abbia tollerato che raggiri insidiosi e colpevoli potessero privare una famiglia di una fortuna, di un dritto che le spettava, per investirne uno scaltro intrigante che sapesse sostituire la sua alla volonta di un moribondo? Siffatta interpetrazione, lo ripetiamo, è oltraggiosa, dobbiam dunque rigettarla *Etenim interpetratio justa et congrua rationi naturali semper fieri debet.* Del rimanente, ecco quello che deve assicurarci sul pensiere del legislatore. Nel progetto del Codice civile si leggeva un articolo concepito in questo modo: « — La legge non » ammette la prova che la disposizione sia stata solamente » fatta per odio, collera, *suggestione*, *o captazione* » — Questa disposizione non fu inscritta nel Codice civile, noi non no sappiamo il motivo, ma tutto induce a credere ch ciò è stato perchè si rinvenne ingiusta e pericolosa. E ciò è provato dal modo onde s' esprime, su questo punto, l' oratore del governo, incaricato di esporre i motivi del titolo delle donazioni e testamenti.

» La legge, egli dice, si tace sulla mancanza di li» bertà che può provenire dalla suggestione o dalla capta» zione e sul vizio di una volontà mossa dal dispetto o dal» l'odio Coloro che hanno impreso a fare annullare delle » disposizioni per siffatti motivi, non son quasi mai riusci» ti a rinvenire pruove sufficienti per far rigettare titoli positi» vi, è forse sarebbe meglio per l utile generale, che questa » sorgente di litigi rumosi e scandalosi fosse distrutta, col

« dichiarare che queste cause di nullità non sarebbero punto ammesse Ma allora la frode e le passioni crederebbero d' avere nella legge stessa una guarentigia d'impunità. *Le circostanze posson esser tali che la volontà di colui che ha disposto, non sia stata libera, e ch' ei sia stato dominato da un'ingiusta passione.* La sola sagacia de' giudici potrà valutare i fatti, e tenere il mezzo fra la fede dovuta agli atti, e l' interesse delle famiglie — *Eglino vieteranno che esse non sieno depauperate da una gente avida che sopraffà i moribondi, o dalle conseguenze di un odio che la natura e la legge condannano* ».

237. Intesa in tal modo la suggestione, era inutile, di farne una causa espressa della nullità delle donazioni e de' testamenti; essa comprendevasi nelle disposizioni generali degli art. 1109-1063 e 1116-1070, che dichiarano non valido il consenso carpito col dolo.

238. E del pari in questo senso che la giurisprudenza ha conservato gli antichi principii su la suggestione e la captazione, ed è col fare l' applicazione de' principii sul dolo e la frode, ch' essa ha annollato le donazioni ed i testamenti ch' erano l' effetto di un consentimento carpito, di una volontà cattata. Corte di Cassazione, 29 Aprile 1824 e 18 maggio 1825. Giurisprudenza del 19° secolo 1826, 1. 10 (1).

239. Dobbiamo anche dire, che, in generale, le Corti reali hanno ammesso il principio consacrato dall' antica giurisprudenza, che, per fare annullare un contratto abbisogni un dolo grave; i testamenti sono viziati dal più piccolo dolo, tostocchè esso è stato bastevole per cattare la volonta di un disponente. Vedete l' opinione di d' Aguesseau, supra, n. 42.

240. E certo del pari che, mentre il dolo propriamente detto non è una causa di rescissione de' contratti, se non quando è il fatto d' una delle parti contraenti, la suggestione e la captazione annullano una disposizione, non solo quando i fatti su' quali essi poggiano sono proprii alla parte in favore della quale questa disposiaione è fatta, ma anche quando non possono essere attribuiti che ad un terzo senza interesse. Leg. 71. §. 1. ff. *de haered. instit.* Decisione di Cas-

(1) Affatto conforme alla giurisprudenza francese è quella fermata dalla G. C. Civile di Napoli e Corte Suprema di giustizia nel 1839 all' occasione del testamento del Sig. Angiulli de Foggia. L'azione di suggestione è stata ammessa, ma non si conosce ancora il risultamento delle pruove nelle quali sono tuttavia impegnati i contendenti.

sazione del 18 maggio 1825 ; Giurisprudenza del 19º secolo, 1826, 1, 10.

§. 241. In tutti i casi, non può esservi captazione non in quanto gli artifizî usati hanno determinato la volontà del disponente, se non in quanto siansi state insinuazioni insidiose capaci di produrre questo effetto, che colui che n'è stato l'autore è giunto a fare adottare, come propria del disponente, la volontà di un altro. Ma i servigi renduti, le preghiere, i doni finanche, non varrebbero a caratterizzare la captazione. *Leg. 3 e 4 ff. si quis eliq. test.*

242. Un' altra specie di dolo e di frode onde i tribunali hanno molto ad intratteuersi, consiste in ciò che noi in legge addimandiamo simulazione, vale a dire, nella volontà concertata di due o più persone per dare ad un atto l'apparenza di un altro.

243. La simulazione esiste solo in quanto essa è stata usata per arrecar pregiudizio ad alcuno, o per defraudare la legge in una delle sue disposizioni essenziali; in altri termini, in quanto le parti hanno simulato il loro consentimento per fare indirettamente quello che la legge loro proibiva di fare direttamente. In ogni caso nel quale la volontà delle parti nulla ha d'illecito, non vi sarebbe luogo a simulazione. Ormai è questo un punto di giurisprudenza assodato sul quale non potrebbe cader dubbio di sorta.

244. Non è dunque assolutamente necessario che le parti strettamente osservino la forma speciale della convenzione ch' esse vogliono fare; nulla s'oppone perchè esse mentre addimostrano di fare una data convenzione, segretamente poi ne stabiliscano uo altra; la ragione o la legge s'accordano per autorizzarle di fare indirettamente quello che avevano il dritto di fare direttamente. Godefroi, *in leg. 6. ff. de praescrip. verbis.* — La Corte di Cassazione molte volte l'ha riconosciuto; essa ha specialmente giudicato :

245. 1º. Che la donazione simulata sotto la forma di un contratto oneroso era valida, se le parti s'erano conformate alle regole costituitive dell' atto o del contratto onde aveano adottato la forma. *Si quis donationis causa minoris vendat venditio valet.* Leg. 38 ff. de contrah. emt. — Corte di Tolosa, 31 agosto 1820, Corte di Cassazione 23 aprile 1827, Gazzetta dei Tribunali 1827, n. 501 — Paillet, su l'art. 893-813.

Pure in questo caso abbisogna che l'atto onde le parti hanno adottato la forma, sia translativo di proprietà; che se cadesse il minimo dubbio su di ciò, i giudici non potrebbe-

ro mantener l'atto come donazione. Corte di Parigi, 7 gennajo 1829; Cazzetta dei Tribunali, del 9 gennajo 1829 — Ecco in qual caso.

Nel 1815 M. Pean de Saint-Gilles, notajo, era depositario di una somma di 275 mila franchi, che gli avea affidata il Sig. Marchese di Jaucourt; il Sig. Achille du Cayla, pari di Francia, la reclamò come trasmessa dal Sig. di Jancourt alla Signora de Cayla sua figlia, per esser rimessa quindi al suo figlio: i figli di Cayla sostenaero in contrario, che il Signor di Jaucourt, loro avo, aveva lor voluto donare questa somma, e ch'egli aveva simulato questa donazione sotto la forma di un deposito.

Durante questo litigio, intervennero innanzi i primi giudici, gli eredi del Sig. Viard, creditore della madre del Sig. du Cayla; essi sostennero che il Sig. de Jaucourt mentre era vivente aveva fatto vendita de' snoi proprj beni, nell interesso della Signora du Cayla sua figlia, per metterla al sicuro dell'istanza di Viard, o che i dugento settantacinque mila franchi, onde il Sig. Pean de Saint-Gilles era depositario, provonivano dal Sig. Jaucourt.

Il tribunale di Parigi, con sentenza del 25 luglio 1827, accolse questo sistema di difesa, ed attribuì i 275 000 franchi agli eredi Viard; vi fu appello.

Il Sig. Gayrard, avvocato degli credi di du Cayla sosienne innanzi la Corte, che il deposito nascondeva una donazione in beneficio de' suoi clienti, e ch'era permesso di simulare una liberalità sotto questa forma.

Il Sig. Lavaux sostenne in contrario che la forma del deposito, impediva la cessione della proprietà del donatore a profitto del donatario, e che in virtù della massima: *dare e ritenere non val nulla*, la donazione simulata sotto la forma di un deposito era radicalmente nulla.

La Corte: atteso che risulta dall' art. 193 9-1811, che il depositante rimane proprietario de' fondi depositati; che in tal modo una donazione simulata sotto la forma di uo deposito non produce immissione in possesso a profitto del donatario; adottando del rimanente i motivi de' primi giudici, ha rigettato l' appello e confermato la sentenza de'primi giudici con ammenda e spese.

246. 2°. Che le parti contraenti non potevano dolersi della simulazione, e farsene un appoggio per dimandare la nullità delle loro obbligazioni. Snaturando lo loro convenzioni, altro non hanno fatto che servirsi del dritto ch'esse avevano di fare indirettamente quello che la legge lor permetteva di

fare direttamente, non possono dunque avere veruno motivo plausibile per impugnare una disposizione ch'esso hanno fatto o un obbligo assunto, essendo ciò stato di loro piena volontà. — Decisione di Cassazione degli 8 gennajo 1817; Sirey, 1817 p. 151, altra decisione del 5 dicembre 1826, Giurispr del 19°. sec. 1827, 1. 249.

247. Se poi lo scopo principale delle parti non era quello di mutar solamente la forma della convenzione che volevano fare, ma di far credere all esistenza di queste convenzione, quando in realtà non volevano farne veruna, è fuori dubbio che, *se intentando l' azione in nullità, esse non erano obbligate d' allegare la loro propria turpitudine*, non abbiano ad essere ammesse nella loro azione; come nel caso che si trattasse di una vendita che punto non esiste e il cui prezzo fosse fittizio, ec, ec, o di qualunque altra convenzione alla quale potrebbe applicarsi ciò che diceva d'Argentré, su l'art 269 della costumanza di Brettagna V. *contrat n. 5, tales sunt contractus proprie simulati id est, qui colorem habent, substantiam vera nullam, cum scilicet nulla conventio initur sed fingitur, nec ulla obligatio contrahitur; non aliter quum illae fugaces umbras inferorum apud Virgilium quae idola sunt hominum cum re nihil sint.*

248. 3°. Che un giudicato il quale su la dichiarazione ed il consentimento di tutte le parti, annulla un atto per causa di simulazione, dovevo considerarsi per riguardo alla amministrazione del registro, come una vera retrocessione volontaria della cosa venduta. La Corte di Casazione ha sanzionato questo punto di dritto nella specie seguente.

Con atto del 17 ottobre 1806, il Signor Andreà vendè parecchi immobili al Signor Ducasse, mediante 40, 500 fr. Questi immobili rimasero iscritti al ruolo fondiario dell'anno X, fino al 1818, sotto il nome del padre del venditore, del quale il figlio era solo erede.

Il Sig. Andreà figlio pagava le imposizioni. Nel 1818 l'amministrazione del registro dimandò i dritti della retrocessione fatta in favore di quest' ultimo — Egli oppose che non aveva cessato di esser proprietario, e per provarlo, presentò un giudicato del tribunale di Tolosa, del 19 maggio dell'anno stesso, che aveva annullato la vendita del 17 ottobre 1806, come simulata e fatte in frode de suoi creditori.

Lo stesso tribunale accolse il 23 dicembre 1819, questi mezzi di difesa, dichiarando che non era possibile di presumere una volontaria retrocessione quando non eravi mai stato una vendita valida.

Reclamo in Cassazione per violazione dell'art. 12 della legge del 22 frimajo anno VII.

Il 23 di dicembre 1819, decisione della Corte del tenore seguente : « Atteso che sta per massima che la simulazione negli atti non costituisce punto, in riguardo dei terzi, una causa di nullità radicale di questi atti, poichè è in potere delle parti contraenti di lasciarli sussistere, quando, por altro, sono leciti in sè stessi, e non hanno per fine di defraudare la legge ; e che siegue da ciò che un giudicato che sul consentimento e la dichiarazione delle parti annulla un tal atto, per causa di simulazione, dev' esser considerato, per riguardo all' amministrazione del registro, come una vera retrocessione volontaria della cosa venduta ; che a questo modo un tal giudicato non può fare ostacolo alla presunzione legale risultante dall' art. 12 della legge del 22 frimajo anno VII.

» Atteso che giudicando il contrario, il tribunale di Tolosa ha violato il detto art. 12, e per conseguenza, l' art. 69, § 7, n°. 1 della stessa legge, la Corte cassa; ec. ec.

249. Risulta da queste diverse decisioni e da molte altre analoghe che potremmo addurre, che la simulazione è una causa di rescissione delle convenzioni, solamente in quanto le parti contraenti avessero snaturato i loro patti col fine di defraudare le disposizioni della legge che non si attiene solo alle forme, ma alla capacità delle persone, all' indisponibilità della cosa, o con un fine altrimenti illecito; in siffatto caso l' obbligo può rescindersi, non perchè le parti avessero dato alla convenzione che hanno fatta, una forma diversa da quella che le conveniva, ma sì bene perchè la loro convenzione aveva un oggetto illecito. — Vedasi la decisione della Corte di Cassazione del 23 aprile 1827; Giuris. del 19° s. 1827 1 249.

250. Quando dunque trattasi di assegnare ad una convenzione il suo vero carattere, di annullarla o di mantenerla, ed in quest' ultimo caso, di determinare gli effetti ch' essa deve produrre, devesi non tanto por mente alle apparenze che le parti le hanno dato, quanto alla disposizione reale che esse hanno fatto, *obligationis origo potius considerandum quam titulus*. Chassaneus, Cost. di Bourg. fol. 253. (Art. 1156-1109). Supra n°. 142.

Art. 4. *Della lesione.*

251. La lesione cui una persona va soggetta in un' obbligazione, non vizia punto, nell essenza il consenso ch' essa

ha dato. La lesione è una causa di rescissione in quanto che convaliderebbe un'ingiustizia, ledendo l'uguaglianza ch'è propria dell'essenza delle convenzioni. In generale, l'intenzione di ciascheduna delle parti essendo di ricevere l'equivalente di quello che promette o di quello che cede, se una di esse da o prometto una cosa il cui valore sorpassa d'assai quello che riceve, essa soffre un'ingiustizia che deve esser risarcita. Questo risarcimento è tanto più giusto, quanto l'esistenza di un'ineguaglianza così grave, come quella che caratterizza la lesione, devo far supporre che siavi stato errore per riguardo della parte lesa, o dolo o usura dal lato dell'altra parte.

252. Non è da credersi che quegli che riceve più di quello che dà sia sempre obbligato, anche nel foro interno, di restituire il dippiù, e che l'eguaglianza de' contratti sia essenzialmente lesa dal che, in una convenzione, non v'ha un perfetto rapporto nel valore, nel merito, o nell'importanza delle cose vicendevolmente promesso o cedute; l'esperienza prova che ciò sarebbe un interpetrare assai malamente le regole della giustizia e della legge. — Da una parte, le convenzioni sono variabili all'infinito, nel loro oggetto, nella loro utilità, nel valore che vi da tale o tal altra persona. Può citarsi come esempio quel possessore della lampade del filosofo Epitteto, che faceva tanto conto di quel pezzo di creta, non altrimenti che se unitamente alla lampade avesse ricevuto tutta la sapienza del filosofo; premurato da una persona, che pensava come lui, di vendergliela, v'acconsentì mediante tre mila dramme . . . Non ostante l'enorme sproporzione ch'era fra la cosa ed il prezzo, la vendita fu mantenuta, poichè era evidente che le parti avevano dato un gran peso al possedere l'oggetto venduto. — D'altra parte, nulla è più naturale che la lotta d'interessi che ha luogo fra due persone che debbono trattare insieme d'affari, e nulla è più comune dell'ineguaglianza, che quasi sempre è il risultamento di questa lotta.

Dunque ogni sorta di lesione non è una causa di rescissione, è d'uopo ch'essa sia grave, essenziale, che possa supporsi ch'essa sia il risultamento di un errore, del dolo, o dell'usura. Or il legislatore ha determinato da per sè le condizioni e le circostanze senza le quali la lesione non potrebbe essere una causa di nullità fra maggiori, art. 1313-1266, a ciò che i tribunali non avessero di continuo ad occuparsi di querele non ammissibili — Esaminiamo i diversi casi ne' quali la lesione produce quest'effetto.

253. Le divisioni possono rescindersi quando uno de coe-

redi prova di esser stato leso nella divisione oltre un quarto, art. 887-807; e l'azione è ammessa, in questo caso, contro qualunque atto che abbia per oggetto di far cessare la comunione fra coeredi, quantunque quest'atto fosse qualificato di vendita, di permuta, di transazione, o di qualunque altra specie, art. 888-808.

Ma dopo la divisione, o l'atto che ne fa le veci, l'azione di rescissione non può più ammettersi contro la transazione fatta su le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite incoata (lo stesso articolo).

254. La divisione fatta dagli ascendenti può essere impugnata dei pari, per causa di lesione oltre il quarto, art. 1079-1035. V'è anche un caso nel quale la semplice lesione, quantunque non oltrepassasse il quarto, sarebbe una causa di rescissione. Ciò accade quando prima della divisione fra vivi, l'ascendente ha disposto della disponibile in favore d'uno de' suoi figli; egli è indubitato che allora il minimo pregiudizio che soffrisse uno de' figli, sarebbe una privazione di una parte della sua legittima, e perciò deve esserne risarcito in esecuzione degli art. 913-829 914-830 e seguenti (1).

Quando ebbe luogo nel Consiglio di Stato la discussione su l'art. 1079-1035, fu proposto d'interdire all'intutto all'ascendente, che aveva già fatto disposizioni per antiparto, il dritto di fare la divisione de' suoi beni. — Questa proposta fu rigettata, ma si concesse all'ascendente la facoltà di dividero i suoi beni, in questo caso, solo sotto la condizione che quegli fra' suoi figli o discendenti che venisse a soffrire la minima lesione potesse impugnare la divisione. — È in questo senso che va inteso l'art. 1079-1035.

255. Vi sarebbe egualmente luogo a rescissione di una divisione di ascendente fatta con testamento, per semplice lesione, quantunque non oltrepassasse il quarto, nel caso che questo ascendente avesse promesso, nel contratto di matrimonio di uno de' suoi figli, di conservare l'eguaglianza fra di loro nella divisione de' suoi beni. Una promessa di tal fatta non può punto esser violata, ed ognuno de' figli è in dritto d'impugnare la divisione testamentaria fatta dal proprio padre, se questa divisione lede in modo notevole l'eguaglianza promessa. — Sentenza della Corte di Parigi del 3,

(1) Nel codice francese la quota disponibile è la metà il terzo, o il quarto de' beni de' genitori, secondo il numero de' figli per le nostre leggi è in tutt i casi la metà.

dicembre 1831 — Decisione della Corte di Limoges del 29 febbrajo 1832. Giurisprudenza del 19° s. 1832, 2. 282 (1).

256. Il maggiore può impugnare, per causa di lesione, l'accettazione espressa o tacita ch'egli abbia fatto d'un'eredità, se questa eredità si trovasse assorbita o diminuita di più della metà per la scoverta di un testamento del quale non si aveva notizia nel tempo dell'accettazione; art. 783-700. Si presume che in siffatto caso, il maggiore abbia accettato la eredità, solo perchè ignorava l'esistenza del testamento.

257. Il dritto che ha il minore di farsi restituire contro la sua accettazione, può essere esteso al caso in che la successione si trovasse assorbita e diminuita per più della metà per la scoverta di un debito sconosciuto? Pare che combinando i due art. 1313-1267 e 783-700 ne risulti la negativa. Pure se si pon mente che la disposizione dell'art. 783-700 è poggiata dal che vi è luogo a presumere che quegli che ha accettato ha errato su d'un fatto importante e determinante, si troverà nella specie della quistione la stessa ragione per decidere, la stessa giustizia da fare. Che anzi la circostanza è molto più favorevole; poichè il sopraggiungere di un debito sconosciuto e considerevole, dà molto più da fare ad un erede, di quello che la necessità di divider l'eredità con un erede istituito; di rado questa divisione può cagionare la sua ruina, mentre che un debito che diminuisse la metà dell'eredità, può facilmente, soprattutto se concorre con altri debiti, trarre seco il fallimento di colui che ha accettata l'eredità. — Sarebbe ingiusto, dopo è che il ripetiamo, di regettare, in queste caso, il maggiore nella sua azione di rescissione. Dobbiamo aggiungere ch'ei può prevalersi non solo dell'art. 783-700, ma anche delle disposizioni della legge che autorizzano la rescissione di un contratto, od obbligo qualunque, per causa di un errore, quando quest'errore è di natura d'aver determinato la volontà. — Vedasi nondimeno Chabot de l'Allier, nel suo Trattato delle successioni art. 783, n. 7.

(1) Il figlio che fu parte nel contratto matrimoniale ha senz'altro diritto d'impugnare l'atto paterno che abbia violata la promessa; però tal diritto non è la conseguenza d'una lesione qualunque, ma della violazione dello stipulato; nè pare che possa estendersi a tutti i figli i quali non fecero parte del contratto, o non avevano dichiarato ai termini dell'art. 1075 di volerla accettare. Confessiamo il vero affermando, che la diversa teorica professata dall'A; comecchè sostenuta da una decisione della C. di Cassazione di Francia, non ne convince. Niuno al mondo può esser ligato da un patto o da una promessa non consentita o accettata da chi vuol vantaggiarsene; nè l'accettazione posteriore può valere, ove non preceda la rivocazione del promettitore.

258 Il maggiore può altresì far rescindere l' atto di vendita pel quale è stato leso oltre i sette dodicesimi del prezzo della vendita, quando anche nel contratto, egli avesse espressamente rinunciato alla facoltà di dimandarne la rescissione e ch' avesse dichiarato donare il dippiù del valore. Art. 1674-1520. Quando riviensi in una vendita una lesione tanto enorme, è impossibile di credere che il consenso del venditore sia stato libero, o per lo meno che non sia stato l' effetto del bisogno; non v' ha che l' uomo privo di ragione, o colui ch' è in un'estrema necessità, che possa acconsentire a vendere la roba sua per un prezzo tanto meschino, come altresì non v' ha che l' uomo ingiusto che possa comprare da colui che veda deciso a vendere ad un prezzo tanto vile. Quando evvi una lesione tanto enorme, l' aziona che la legge dà al venditore, è in certo modo un atto di umanità: *humanum est*, dice la legge 2, Cod. *de rescind vendit.*

259. Non basta che una parte si pretenda lesa, perchè il giudice debba ammetterla a provare la lesione. Come solamente per gravi motivi si può impugnare la fede dovuta ai contratti, è necessario che l' istante produca titoli o documenti che facciano presumere la lesione e che, anche per questo, giustifichino l ammissione dell' azione (art. 1677-1523); solo con questa condizione l'azione fu conservata nel nostro Codice. Potremo convincercene leggendo il processo verbale delle conferenze ch' ebbero luogo al Consiglio di Stato su l' art. 1674-1520 (1) e seguenti.

260. Quest' azione non ha luogo nella vendita de' mobili, Arg. dell' art. 1674-1520, come del pari non ha luogo negli atti di affitto de' poderi. Arg. dell' art. 1313 1265

261. In tutti i casi ne' quali v' ha luogo ad azione di rescissione per causa di lesione, l' azione deve essere ammessa anche quando il venditore avesse formalmente rinunciato nel contratto alla facoltà di dimandarla, art. 1674-1520. Si comprende che se questa rinuncia fosse stata ricevuta, essa sarebbe divenuta una formola ed avrebbe sempre renduto inutile la disposizione della legge.

262. I motivi dell'azione della quale trattiamo, poggiando sulla supposta strettezza o necessitose urgenze de' venditori, è chiaro che non si poteva concedere al compratore il drittu

(1) Secondo la disposizione dell' art. 1524 delle nostre leggi civili, la lesione debb' essere d' oltre la metà, e non i sette dodicesimi del prezzo. Questo ritorno alle norme delle leggi romane è giustificato anche dalla facilezza della verificazione.

di poter avvalersi di quest' azione. Ei non ha potuto agire, *urgente necessitate*; e s' egli ha spinto la cosa ad un prezzo troppo elevato, ha potuto farlo perchè questa cosa aveva per lui un valore d'affezione, e perchè faceva al caso suo, art. 1683-1529

263. Nasce da ciò, che l' azione di rescissione per causa di lesione non ha luogo contro un atto di permuta; in fatti il permutante è in pari tempo venditore e compratore, e se colla prima qualità egli ha il dritto di far rescindere il suo obbligo, questo dritto gli è negato a motivo della sua qualità di compratore, si comprende altresì che come il bisogno non può costringerci a fare una permuta d' immobili, si presume che questa permuta sia volontaria e senza lesione veruna, Art. 1706-1552; il Codice ha modificato, su questo punto, i principii dell' antica giurisprudenza. Vedansi le decisioni dell'antico parlamento di Tolosa riportate da Maynard, libro 3, capitolo 59.

264. L' azione di rescissione non ha luogo del pari ai contratti aleatorii, ne sia qualunque l evento; quando pure l'uno de' contraenti avesse per risultamento tutto l utile e l altro tutta la perdita. La ragione n' è, che colui che ha tratto tutto il vantaggio dalla negoziazione, potea del pari soffrirne tutto il danno. *Id actum esse manifestum est, ut: quemadmodum emolumentum negotiationis ita periculum ad emptorem pertineret.* Leg. 10 ff. de haered, vel act. vend. Faber al Cod. liv. 2. tit. 4. definit. 10. Egli è poi della natura de' contratti aleatori che le parti diano un consenso indefinito ed anticipato a qualunque evento, che perciò colui al quale il contratto non è favorevole, non potrebbe ragionevolmente querelarsi della perdita sofferta, poichè vi si è sottoposto volontariamente ed a ragion veduta. Burlamaq. Dritto della natura e delle genti, 3. parte, cap. 12 § 6. — In fine può aggiungersi che la valutazione de' rischi, è una cosa talmente incerta, che sarebbe quasi impossibile di determinare per rapporto a contratti aleatori, l' esistenza o la qualità della lesione

265. Se ne trova un esempio nella transaziona che secondo l'art. 2052-1924, non può essere impugnata a motivo di lesione. E come potrebbe esser diversamente; con la transazione le parti abbandonano delle pretensioni che potevano esser fondate e ciò col fine di evitare i litigi. Esse vogliono piuttosto fare un sacrificio che correre il rischio di perder tutto, e d altra parte questo sacrificio lor sembra abbastanza compensato dalla quiete che lor ne deriva. Non è egli quindi evidente che l'utile di questa transazione può essere immenso?

Bisogna del resto che l'atto sia realmente una transazione, non basterebbe che fosse stato in tal modo qualificato se, d'altra parte, nulla avesse d'aleatorio; è questa una conseguenza della combinazione dell'art. 2052-1924 con l'art. 888-808, questi due articoli sembra che racchiudano due disposizioni contradittorie, ma basta ponderarne accuratamente il senso per convincersi che l'antinomia è solo apparente.

L'art. 888-808 dispone « che l'azione di rescissione è » ammessa contro qualunque atto che ha per oggetto di far » cessare la comunione fra coeredi, quantunque fosse qua» lificato con titoli di vendita, di permuta o di transazione » o di qualunque altra specie — Ma dopo la divisione, o » l'atto che ne fa le veci, l'azione di rescissione non è più » ammissibile contro le transazioni fatte su *le difficoltà reali* » che presentava il primo atto, quando anche non vi fosse » una lite incominciata a questo oggetto. »

Supponiamo che mediante un primo atto, i coeredi facciano una transazione su le quistioni che possono insorgere fra di loro a causa della divisione dell'eredità in comunione e che esse si preservino definitivamente dello regole su' loro dritti a questa eredità. Sarà rescindibile quest' atto se in danno di una delle parti vi fosse lesione oltre il quarto? *Sì*, se si decida la quistione secondo l'art. 888-808. *No*, se si applica l'art. 2025-2924. Ma de' due qual dovrà applicarsi? questo è quanto fa d'uopo conoscere.

Gli articoli 887-897 ed 888-808 si rapportano agli atti di divisione propriamente detti, vale a dire agli atti che hanno principalmente per oggetto di far cessare l'indiviso di una eredità o di una proprietà comune; in altri termini, all'operazione in certo modo materiale e di semplice calcolo, il cui scopo è di attribuire a ciascheduno de' condividenti una parte dell'eredità equivalente al suo dritto ne' beni comuni. E con questi atti che il legislatore ha prescritto l'eguaglianza, ed è contro di essi ch'egli ha voluto che si possa dirigere l'azione di rescissione quanta volte contenessero una lesione maggiore del quarto. Poco importa della forma ondo questi atti sieno stati rivestiti, e della qualificazione che loro siasi data, poichè, noi l'abbiam detto, nè sapremmo ripeterlo abbastanza, la natura degli atti e l'effetto ch'essi debbono produrre si determinano dal loro oggetto, anzi che dalla denominazione che i contraenti loro hanno data.

L'art. 2052-1924 all'opposto, s'applica solo alla transazione propriamente detta, valo a dire al contratto mediante il quale le parti pongon fine ad una lite insorta, o prevengono

una lite che potrebbe insorgere (art. 2044-1876), ben inteso che lo loro rispettiva posizione facesse insorgere *difficoltà reali* (art. 888 §. 2 — 808). Poichè, se non vi fosse difficoltà veruna, l'art. 2052-1924 non potrebbo applicarsi, e l'atto, comunque rivestito della forma di transazione, sarebbe ciò non ostante una divisione.

La soluzione della quistione proposta, dipende dunque intieramente dell'esame del fatto; i giudici debbono investigare quale era la posizione delle parti contraenti, quale i loro dritti o loro pretensioni; soprattutto debbono investigare se esse non avevano che una massa a costituire, una divisione da fare, o in questo caso, se v'è stata lesione oltre il quarto, l'azione in rescissione dev'essere ammessa; importerebbe poco finanche che la formazione della massa e i conti fra le parti avessero dato luogo a controversie, se queste controversie non fossero tanto gravi da far supporre che l'intenzione delle parti era piuttosto di faro una transazione che una divisione.

All'opposto essi debbono rigettare l'azione di rescissione, se risulta dall'atto e da'fatti e pretensioni che v'hanno dato luogo, che le parti non badavan tanto a fare una divisione, quanto a transigere su le contestazioni nate o da nascere.

» So fossero insorte, dice Chabot de l'Allier, Trattato » su le successioni, contestazioni *reali* o *gravi* relativamen» te a'dritti rispettivi de'pretendenti alla successione, per » esempio, su le qualità di uno o più tra di loro su la » quota della porzione che deve loro spettare, su la validità » de'doni o legati fatti ad alcuno de coeredi, sul'obbligazio» ne o la dispensa della collazione, e se, per por fine a » tutte le quistioni, gli eredi avessero proceduto alla di» visione de beni, non per quote e facendone delle parti, ma » per attribuzioni, cioè a dire, convenendo che conforme » le basi adottate, ciascun di essi avesse questi o quei beni » indicati, in questo caso non v'ha dubbio veruno che l'atto » non sia una vera transazione, che non sarebbe punto sot» toposta all'azione rescissoria per causa di lesione.

» Si comprende in fatti, che il regolare i dritti rispet» tivi degli eredi, può dar luogo a quistioni intricate e » gravi controversie, che sarebbero di tal natura ad involvere » le parti in una seguela di litigi ruinosi. Se nell'intenzione » di prevenire questi litigi, o farli finire quando fossero già » cominciati, gli eredi facciano un convegno amichevole, potrà » esser lecito reclamare contro questo convegno col pretesto » di lesione, in modo da far rinascere tutte le dispute che

» esso avea spente? In questa supposizione non si potrebbe
» più fare veruna transazione su le contestazioni che potes-
» sero insorgere per una eredità in comunione; bisognerebbe
» addurre in giustizia tutte queste controversie e farle tutte
» decider dai tribunali, poichè altrimenti s' andrebbe incon-
» tro a vederle di nuovo tutte ripullulare su dimande di re-
» scissione. Ma ciò non sarebbe allumare la face della discor-
» dia in tutte quante le famiglie?

» Questa certamente non è stata l' intenzione del legis-
» latore; vero è ch' egli ha voluto che, quando fra' coeredi si
» tratta solo di proceder ad una divisione, non fosse permesso,
» simulando la natura dell' atto e daudogli la forma ed il
» colore di una transazione, di sottrarlo all' azione rescisso-
» ria per causa di lesione, ma egli non ha inteso che, nel
» caso in cui una transazione fosse stata necessaria e rea-
» le, l' atto che la contiene e che, pel modo col quale re-
» gola le quistioni, fa cessare la comunione de' beni, do-
» vesse esser considerato non altrimenti che una semplice
» divisione. In questo caso, in fatti, la divisione altro non
» è che il risultamento della transazione; l' una dipende dal-
» l' altra, e, come quella, questa non può impugnarsi,
» poichè non sarebbe possibile di romperla, senza romper
» del pari la transazione, senza rinnovare tutti i litigi finiti ».

In tal modo hanno giudicato le Corti di Grenoble il 15 aprile 1807, la Corte di Cassazione il 7 febbrajo 1809 e la Corte di Amiens il 10 marzo 1821. Dalloz; t. 26, p. 412, e seguenti. Sirey 1822, 2ª, p. 239.

» Osservate nullameno, aggiunge Chabol, che l' atto non
» può considerarsi come transazione, nè come una semplice
» divisione, se non nel caso solamente in cui le contestazio-
» ni e le difficoltà su le quali s'è transatto, erano reali, erano
» gravi, presentavano delle quistioni onde la soluzione poteva
» essere incerta. E dunque necessario, che anche nell' atto,
» le controversie, le difficoltà e le quistioni su le quali
» si transige, siano chiaramente espresse, affinchè su la di-
» manda di rescissione per causa di lesione, i tribunali sian
» in grado di verificare i veri motivi ed i caratteri essen-
» ziali dell' atto, e possan decidere s' esso è realmente una
» transazione ovvero una semplice divisione ».

266. Risulta dall'art. 888-808, che nello stesso atto può esservi divisione e transazione; per esempio: può succedere che le parti stabiliscano in su le prime la quota della porzione che ciascheduna di esse deve avere e che transigano su

questo punto; che immediatamente e con lo stesso atto essi procedano alla divisione della massa, e che in questa divisione una fra loro soffra una lesione oltre il quarto In questo caso l'atto può valere come transazione, in quanto alla determinazione delle quote, e può essere rescisso per causa di lesione in quella parte delle sue disposizioni che riguarda la formazione delle porzioni. Corte reale di Amiens, 10 Marzo 1821; Sirey, 1822, p. 239, Corte di Cassazione 30 Giugno 1819; Dalloz, t. 26 p. 444; Sirey 20-1-268 Corte di Tolosa, 11 luglio 1828, Giuris. del 19°. s. 1830, 2. 44.

Ciò per altro non potrebbe succedere, qualora apparisse per poco risultare dall atto che tutte le clausole fossero legate insieme ed in certo modo le une la condizione delle altre; infra. Dell' effetto delle nullità, sez 3, § 2

267 Come facilmente può scorgersi, la soluzione delle quistioni da noi discusse, interpetrando gli art. 888-808, 2052-1924, dipende quasi sempre dal fatto; queste quistioni sono nel dominio del giudice ed è nelle sue attribuzioni di determinare il carattere della convenzione contro la quale una delle parti dimanda esser restituita. Corte di Cassazione 13 gennajo 1825; Giusis del 19°. s. 1825, 1. 311.

268. Abbiamo detto che le divisioni non potevano essere rescisse a motivo di lesione, se non quando questa lesione era maggiore di un quarto; ma se in una divisione fosse stato asseguato ad un coerede un immobile per una determinata estensione o che vi fosse mancanza di estensione, il coerede leso avrebbe il dritto di ricorrere contro i suoi coeredi, quando anche la mancanza fosse minore del quarto — La Corte di Cassazione ha ragionevolmente detto: In siffatto caso, non si tratta di verificare e prevenire una lesione, ma si tratta di mantenere ed eseguire una convenzione. Arresto degli 8 nov. 1826; Giuris. del 19°. s. 1827, 1. 191 (1)

269. L azione di rescissione per causa di lesione non è ammessa contro una vendita di dritto di successione fatta senza frode, ad uno de coeredi, a suo rischio e pericolo, dagli altri coeredi, o da uno di essi. Art. 889-809 — Una siffatta cessione è reputata come un contratto aleatorio, perciocchè è incerto se gli emolumenti saran maggiori de pesi e

(1) Quel che ha dichiarato la Cassazione francese a questo proposito non si tratta di prevenire una lesione ma di mantenere una convenzione conferma la nostra opinione espressa nella nota n. 243.

viceversa: essa si comprende poi nell' eccezione che noi abbiamo stabilita, supra n°. 246.

270. Con la disposizione contenuta nell' art. 889-809 il legislatore ha risoluto i dubbii che altre volte erano su la quistione di sapere se gli atti di vendita del dritto di successione erano rescindibili per causa di lesione; egli ha seguito l'opinione che Pothier avava con calore sostenuto contro il parere degli altri giurisconsulti. — Ma, anche perchè questa soluzione ha messo fine ad una lunga controversia, non dobbiamo ammetterla se non sotto le condizioni ed i casi voluti dalla legge. Così la vendita di dritti di successione non va soggetta all' azione di rescissione, per causa di lesione, se non quando riunisce i due caratteri seguenti.

271. 1° La cessione del dritto deve esser fatta *a rischio e pericolo* del compratore.

In mancanza di questa condizione, la cessione è una vera divisione che, a' termini dell' art. 887-807 è rescindibile se stabilisce pel venditore una lesione oltre il quarto. Vedansi gli arresti riferiti da Automne su la legge *à Cod. de haered. vend. Mornac* sul tit. ff. *famil erciscond.* Brodeau su Louet, lettere H, somm. 8; Leprêtre, cent. 1ª, cap. 25; Catelan, lib. 5, cap. 72. Vedasi particolarmente una decisione della Corte di Corsica del 6 dicembre 1826; la Gazetta dei Tribunali, n°. 391, anno 1827. Questa sentenza è stata profferita nella causa del sig. Fondani contro la signora Fantani l' uno e l' altra eredi o sedicenti eredi dell' illustre general Paoli, all'occasione della sua successione. Trattavasi di una transazione per la quale la signora Fantani aveva venduto al sig. Fondani, tutti i suoi dritti su la detta eredità, mediante una pensione vitalizia di seicento franchi. La signora Fantani ne dimandava la rescissione per causa di lesione, e le si opponeva che trattandosi di un contratto aleatorio la sua azione era inammissibile — La Corte annullò la transazione pel motivo, che un atto di questa natura non era che un' operazione tendente a far cessare la comunione fra' contraenti e che questi atti, qualunque sia la denominazione, son nulli (la Corte volea dire rescindibili), qualora essi presentavano una lesione oltre il quarto.

Da ultimo, la Corte di Tolosa non ha guari, 3 marzo 1830, Giuris. del 19° s. 1830, 2. 322, ha deciso che, in siffatta materia, non si poteva supporre che il coeredo cessionario avesse acquistato *a suo rischio e pericolo*, solo per ciò, che la cessione essendo stata fatta all' ingrosso e senza in-

dicazione degli oggetti ceduti, il cedente non s' era obbligato a veruna guarentigia.

» Atteso, è detto in questa decisione, che risulta dalla concordanza degli art. 888-809, ed 889-808 che la vendita non è al coperto della rescissione, per causa di lesione, se non quando il compratore ha *espressamente presa tutto a suo rischio e pericolo ec. ec.* »

272. Del rimanente, dobbiam fare osservare che solo fra' coeredi è necessario di dichiarare che la cessione è *fatta a rischio e pericolo* del cessionario, perciocchè solo per rapporto ad essi la mancanza di questa condizione fa reputare la cessione come una semplice divisione (Art. 888-808 e 889-809). Se l' acquisto fosse stato fatto da un terzo, l' enunciazione della condizione suddetta sarebbe inutile, essa non avrebbe mai per effetto di far cessare la comunione e non potrebbe esser, d'altra parte, rescindibile per causa di lesione oltre il quarto, sarebbe questo un contratto aleatorio che offrirebbe probabilità di guadagno o di perdita e che non sarebbe rescindibile per qualunque siasi lesione. Arg. dell' art. 1696-1512.

273. 2° Uopo è che la cessione de' dritti ereditarii sia stata acconsentita senza frode, perchè possa essere al coverto dell' azione di rescissione (Art. 889-809). Se dunque l'erede compratore, conoscendo perfettamente la consistenza ed il valore della eredità, avesse ingannato il venditore che non la conosceva altrimenti, l' atto non sarebbe più aleatorio, poichè non offrirebbe più probabilità di perdita pel compratore; sarebbe dunque considerato come una vera divisione che sarebbe rescindibile, nel caso di lesione oltre il quarto.

Nel dire che la cessione *fatta in frode* non è considerata che come una divisione, non abbiamo voluto intendere che v' abbisognasse una frode propriamente detta, fondata cioè su raggiri senza i quali non vi sarebbe stato il consenso della parte ingannata. Basta la conoscenza sola che ha avuto l' acquirente dell' attivo e del passivo della successione. Questa conoscenza mettendolo in istato di non esporsi a a veruna perdita, toglie alla cessione il carattere de' contratti aleatorii, e lo priva del dritto di prevalersi dell' eccezione contenuta nell' art. 889-809.

Lebrun, nel suo Trattato delle successioni, lib 4 cap primo n°. 58, si esprime, in tal modo a questo proposito. » Bisogna pertanto distinguere il tempo e le altre circostanze della vendita de' dritti di successione, poichè se un erede assente tratta per procuratore con coloro che avevano una dimora

comune col defunto e che potevano essere molto informati degli affari dell eredità, e ch' ei loro venda i suoi dritti senza avere avuto comunicazione dell'inventario che i parenti hanno fatto fare, *Non visis inspectisque tabulis*, in questo caso, è vero il dire con la legge che il venditore *non tam paciscitur, quam decipitur*, e che v' ha luogo alla restituzione. In fatti, non si può comparare un tal convegno al mercato di un tiro di rete contemplato dalla legge *jactus retis*, perchè l incertezza non è punto reciproca, i compratori conoscendo molto meglio gli affari della successione poichè almeno ne conoscono il contenuto; e generalmente qualunque volta havvi dolo o frode per parte de' coeredi compratori, non v' ha luogo a restituzione » Arresto del parlamonto di Tolosa del 17 giugno 1711.

274. La corte di Tolosa ha sanzionato gli stessi principii. Si legge in una della sue decisioni in data del 28 aprile 1820 riportata nella raccolta delle decisioni di questa Corte. « Atteso che il compratore non aveva corso varun rischio nel fare il convegno, poichè la successione era aperta da più di ventuno anno, e durante tutto questo tempo egli aveva amministrato solo, e nella sua qualità di erede, tutti i beni dell' eredità, ciò che l' avea posto in istato di conoscerne esattamente il valore. » Vedete pure un arresto della Corte di Agea, del 22 Maggio 1817, Dalloz, t. 26, 358; Sirey, 1819, p. 181.

275. L azione di rescissione per causa di lesione non è ammessa contro le vendite che, secondo la legge, non possono esser fatte se non per autorità di giustizia. (Art 1684-1530) Queste vendite essendo fatte all' asta pubblica sotto gli occhi della giustizia, la legge presume che gli oggetti sieno stati venduti conforme il loro giusto valore, od almeno ch era impossibile d' evitare la lesione.

276. Ma quest' eccezione non dev' essere applicata che che alle vendite che *non potevano esser fatte se non per autorità di giustizia*. Se dunque i maggiori facessero innanzi al tribunale una vendita ch' essi potrebbero fare diversamente, l' azione di rescissione per causa di lesione di oltre la metà, ha luogo, pel motivo, che i maggiori essendo liberi in questa vendita di osservare, o trasandare le formalità che formano precisamente la sicurezza del legislatore, il ministero pubblico non essendo più un necessario invigilatore di queste vendite, non v' ha più ragione da supporre che i beni sieno stati valutati pel giusto loro valore, (Brodeau sur Louet, lett. D. somm. 32) Che se fosse stato diversa-

mente, quegli che volesse comprare usurariamente, non mancherebbe mai di esigere che la vendita si facesse per mezzo della giustizia, ed allora, come nel caso onde abbiamo parlato, supra, n°. 261, la facoltà di far rescindere la vendita sarebbe abrogata dal fatto.

277. Terminando diremo, che fra la rescissione per causa di lesione, e la rescissione per causa di violenza o di dolo, v' ha questa differenza, che, nella prima, la parte contro la quale si fa istanza per la risoluzione dell' atto vi si può opporre offrendo di rimborsare il supplemento del prezzo o della porzione ereditaria.

L' art. 1678-1524 conforme in quanto a ciò alla legge 2, *Cod. de rescind, vend*, lo decide nel caso della vendita. — L' art. 891-811, lo decide nel caso della divisione in generale, non altrimenti che altre volte lo decideva la legge *majoribus* 3, *Cod. comm. utriusque judicii*; la giurisprudenza, fondata su d' una identità di motivi, l' ha deciso pel caso particolare della divisione fatta dagli ascendenti. Papon, lib. 15, tit. 7, arresto 7, Granior, delle donazioni, n°. 401.

All' opposto, in tutti gli altri casi ne' quali esiste una causa di rescissione, la parte contro cui si agisce, non può sospendere il corso e l' effetto dell' azione o non può impedire la resoluzione.

§. II. *Dell' azione di rescissione specialmente accordata al minore.*

278. Abbiamo provato nel secondo capitolo di quest' opera, n°. 69, che fra le obbligazioni acconsentite dal minore, alcune erano nulle per la forma, e le altre solamente rescindibili nel caso che stabilissero in suo danno una lesione qualunque. Abbiamo detto che gli obblighi nulli nella forma, erano quelli che, essendo sottoposti dalla legge a formalità speciali, fossero stati acconsentiti dal minore, senza osservare queste formalità, e che tutte le altre specie di obbligazioni non potevano esser impugnate se non per via della rescissione. Abbiamo detto ch' era solamente a questi ultimi che si riferiva l' antica regola: *Minor, non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus.*

L' azione che la legge accorda, in questo caso, al minore, è conosciuta nel dritto sotto il nome *d azione di rescissione*, *azione di restituzione*; essa va sottoposta a regole che l' antica giurisprudenza ha raccolte, e che, quantunque non sieno inserite nel Codice, pure ci giovano ora per conoscera esattamente la natura e gli effetti di quest azione.

Ci sembra che queste regole si riducano alle seguenti.

279. 1°. *Regola.* Il beneficio di restituzione accordato ai minori, è loro accordato a motivo che la tenera loro età, la loro inesperienza, li rendono, in generale, incapaci di bene amministrare la loro proprietà, e gli espongono all' usurpazioni della frode, all' insidie della seduzione. *Fragile est hujus modi aetatis consilium, multis captionibus, obnoxium, multorum insidiis expositum.* Leg. 1. ff. de minorib.

Segue da ciò, ch' essendo soprattutto la fragilità della loro età, *lubricum aetatis*, la loro inesperienza, la prima e principale causa dell' azione che loro accorda la legge, e che la loro gioventù gli espone non solo ad essere ingannati dagli altri, ma dippiù ad ingannar sè stessi, hanno il dritto di farsi restituire contro tutti gli atti ne' quali sono stati lesi, indipendentemente dalla buona o mala fede delle persone che hanno contrattato con essi. *Vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti.* Leg. 44 ff. de minoribus.

Per la stessa ragione, essi hanno il dritto di farsi restituire contro tutte le persone, anche contro un altro minore, leg. 2, § 6, *cod. de minor.*; in questo caso per altro, l' azione non produce il suo effetto contro quest' ultimo che sino alla concorrenza dell' utile che egli ha ricavato dalla cosa o dal danaro che l' altro minore gli ha dato o sborsato; il minore convenuto non è obbligato di restituire la cosa della quale non ha tratto veruno profitto, il danaro ch' egli ha dissipato in spese inutili; per riguardo a questi oggetti, la posizione de' due minori è la stessa: l' uno e l' altro possono prevalersi del beneficio della restituzione, *leg.* 34, § 6, ff. *de minoribus.* Il giudice deve rigettare l' azione dell' attore, a seconda de' principii generali, conforme a quali *in pari causa melior est conditio rei quam actoris.*

280. 2°. *Regola. La semplice lesione* dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato contro *qualunque sorta di convenzioni*, ed in favore del minore emancipato contro tutte le convenzioni ch' eccedono i limiti della sua capacità (Art. 1305-1259).

281. Pare i giudici non debbono esser troppo proclivi ad ammettere l' azione del minore; essi non debbono riguardare come una vera lesione, quella leggiera e quasi inevitabile ineguaglianza che si trova in quasi tutte le convenzioni; e se debbonsi mostrare severi ogni qual volta siensi convinti che s' è usata frode verso il minore, debbono essere molto restii nel sentenziare la rescissione di un' obbligazione fatta senza frode, o dalla quale non è derivato per que-

st'ultimo se un danno assai lieve. Ciò è reclamato dall'equità e dall'interesse stesso de' minori. Non v'ha dubbio, in fatti, che se il beneficio di restituzione fosse osservato strettamente a rigore, si ridurrebbe questa classe numerosa di cittadini come una specie d'iloti, co' quali niuno oserebbe trattare di affari, anche di semplice amministrazione; si agirebbe in opposizione dell intenzione del legislatore; si violerebbe soprattutto quella massima del diritto naturale, che la sua giustizia ha trasfuso nel diritto civile: che non si deve giammai rivolgere in danno di alcuno quello ch'è stato ammesso per suo vantaggio: *quod in favorem alicuius introductum est in ejus odium retorquere non debet.* — In tal modo la legge Romana non voleva che i magistrati accordassero troppo facilmente la rescissione degli obblighi sottoscritti dal minore: *ne*, diceva essa, *magno incomodo hujusmodi aetatis homines adficiantur, nemine cum eis contrahenti. Leg. quod si minor.* 25 § *non semper* ff. *de minoribus.* Debbono dunque i giudici por mente al patrimonio del minore, alla buona o mala fede delle persone che hanno contrattato con lui, all'utilità, od inutilità delle spese (arg. dell art. 484-407).

In una parola, abbisogna che il minore sia stato manifestamente ingannato, o negligente: *itaque nisi aut manifeste circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.* Leg. 24, § 1. ff *de minoribus.*

Osservate nondimeno che non è sempre strettamente necessario che siavi stato un pregiudizio pecuniario; perciocchè è per massima stabilita, che il minore possa farsi restituire contro gli obblighi che avesse consentiti, e che fossero di natura a cagionargli gravi difficoltà. *Minoribus viginti quinque annis subvenitur non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.* Leg. 6, ff. *de minor.*

282. Il beneficio della restituzione è ammesso, abbiam noi detto, *contro qualunque sorta di convenzione.* Son queste le parole dell'art 1305-1259. Parrebbe dedursi da ciò che solo contro le convenzioni possa esservi restituzione; pure e per l'identità de' motivi, e per effetto di una giurisprudenza costantemente adottata, l'azione di rescissione è accordata al minore *contro qualunque sorta di atto*, ciò che ha luogo non solo pel pregiudizio che soffre, ma si bene, quando per *fatto della* sua volontà, egli si trova privato di alcun utile che poteva spettargli, *aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt.* Leg. 44, ff. de minoribus; come se, per esempio, egli avesse ripudiato un'eredità ch'eragli vantaggiosa.

Ma il minore non può dimandare d' esser restituito *per parte sua* che contro gli atti fatti da lui, e non contro quelli fatti da' suoi autori quand' anche la lesione provenisse da un fatto accaduto durante la sua minorità; in tal modo ei non può esser restituito contro la perdita di drittu di una facoltà di retratto stipulata dal suo autore (Art. 1663-1509).

283. L' art. 1305-1259 fa una differenza tra il minore non emancipato ed il minore emancipato. — Il primo può esser restituito contro qualunque sorta di convenzione; il secondo, al contrario, può esserlo solo contro le convenzioni che eccedono i limiti della sua capacità. — « *L' emancipazione* » dice Proudhon « non trae fuori il minore da qualunque incapacità, essa lo pone in uno stato medio fra il maggiore ed il minore in tutela. Vi sono degli atti ch' ei può fare solo tanto validamente quanto un maggiore; altri, ne' quali dove essere assistito da un curatore; altri, che non può fare se non secondo le formalità prescritte per gli atti stessi, in riguardo de' minori in tutela; altri, finalmente, che gli sono assolutamente interdetti. »

284. 3°. *Regola.* Il beneficio di restituzione ha per fine di risarcire soltanto il danno sofferto dal minore; ma questo beneficio della legge non può servirgli a vantaggiarsi col danno di colui col quale ha contrattato. — La restituzione deve dunque sempre aver luogo, in modo che il minore non riceva perdita, nè guadagno dall'atto, contro il quale egli ottiene d' esser restituito. *Qui restituitur in integrum sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.* Leg. 1. Cod. de rep. quae Antonius.

285. È per questo motivo, che gli antichi interpetri del diritto paragonavano il beneficio della restituzione che il minore può invocare, al beneficio dell' inventario. *Nihil amplius operatur restitutio in integrum in minore, quam beneficium haeredis repudiatia in majore.* Mornac, in leg. 7 § 10, ff. de minoribus 25 annis.

286. Il minore che prende in prestito una somma di danaro per pagare un debito di suo padre, non potrebbe dunque farsi restituire contro la sua obbligazione; imperciocchè, se la restituzione avesse luogo, egli si troverebbe avere estinto un debito ch' era obbligato a pagare, ed in tal modo avrebbe impinguato il suo patrimonio a spese di colui che gli avrebbe prestato i danari.

Noi stimiamo doversi anche decidere nello stesso modo, nel caso che la somma presa in prestito dal minore fosse servita a pagare un debito onde il padre avrebbe potuto dimandare l' annullamento o la rescissione, per una delle cause

indicate nella presente sezione; il minore non sarebbe ammesso a pretendere ch'e non aveva riconosciuto il vizio della prima obbligazione se non dopo aver contratto la seconda: in fatti, in questo caso, egli non è leso della obbligazione che contrae, essendo questa legittima, ed avendo egli realmente ricevuto il danaro, ma sì bene dal pagamento che ha fatto ad un creditore cui poteva non pagare il suo credito. Questo pagamento è all'intutto estraneo alla persona verso la quale egli s'è obbligato; nulla può dirsi contro questa persona, e sarebbe una grande ingiustizia il punirla d'aver voluto rendere un servigio al minore, o di aver, forse, evitato l'espropriazione de' suoi beni. Una decisione in contrario sarebbe egli è vero, qualche volta, vantaggiosa al minore, ma il più delle volte sarebbe contraria a' suoi interessi. Poichè niuno oserebbe più trattare con lui, nè impedire finanche il sequestro dei suoi beni, nel caso che una modica somma fosse bastevole per salvargli il suo patrimonio. Arg. di una Decis del 5 dicembre 1626. Giuris. del 19°. s 1827. 1. 310. La vera lesione essendo solo nel pagamento ingiustamente fatto, il minore non potrebbe farsi restituire se non contro il primo creditore.

287. 4ª. *Regola*. Il beneficio di restituzione non ha luogo in favore del minore, se non contro gli atti che lo pregiudicano, sia che la lesione avvenga con l'atto stesso, sia che trovandosene in esso solamente la causa, la lesione si manifesti appresso. — Il minore non può farsi restituire contro un pregiudizio sopraggiunto dopo il fatto, dietro un avvenimento di natura da non poter esser preveduto al tempo del contratto (Art. 1306-1260). Come, per esempio, se gli edifici ch'eransi fatti riattare col danaro preso ad imprestito, fossero stati distrutti da un incendio o da una inondazione.

288. Per abuso di questa regola, si è preteso che il minore non dovesse punto esser ammesso nella sua dimanda di restituzione contro un contratto aleatorio che avesse sottoscritto. Si è detto che s'egli poteva perdere con questo contratto, poteva del pari guadagnare; che in tal modo v'erano uguali probabilità, e che sarebbe stato ingiusto a scioglierlo da un'obbligazione che avesse consentito, nel modo stesso che avrebbe fatto, se fosse stato maggiore. *Quando aliquid habet se ad lucrum et damnum nec minor tamquam laesus restituitur*. *Tiraqueau*. in leg. si unquam inverb. donat largit num 110 a 113. Boerius, decis 62 num 11.

Quest'opinione è un errore. Non è facile valutare esattamente nei contratti aleatorii le probabilità di perdita e le probabilità di guadagno, ciò supera l'intelligenza del minore,

che può non avere abbastanza ponderato gli obblighi cui andava incontro mediante un tal contratto. D'altra parte i motivi della restituzione esistono in tutta la loro integrità, o i giudici possono e debbono, nell'utile del minore, rescindore come gli altri, i contratti alcatorii, secondo ch'essi sieno più o meno onerosi, secondo che siasi più o meno renduta gravosa la condizione dal minoro. Debbon solo i giudici avvertire di non pronunciare la lesione in un modo troppo largo o senza disamina; debbon essi farsi carico del patrimonio del minore, del più o meno utile ch'egli avea nel negozio fatto, della più o men grande facilità ch'dovrà avere per soddisfare l'obbligo assunto. In somma è solo con una grande cognizione di causa ch'essi debbon ammettere o rigettare la rescissione. *Sciendum est autem non passim minoribus subvenire, sed causa cognito, si copti esse proponantur.* Leg. 11. § 3. ff. *de minoribus*. E se il contratto aleatorio, fatto dal minore, sia un atto assennato; se, nel sottoscriverlo, egli altro non abbia fatto che quello che avrebbe potuto fare un padre di famiglia intelligente e sagace, egli non può farsi restituire. *Non videtur circumscriptus minor qui jure sit usus comuni.* Leg. ult. cod. do integ. restit. minor.

289. Abusando ancora dell'anzidetta regola, alquanti scrittori han pensato che il minore non poteva esser restituito contro l'adizione ch'avesse fatta di un'eredità; è questo un vero erroro, nè val la pena il confutarlo. Da consultarsi la legge 7, 8, 9, ff. *de minoribus*. Egli è solo obbligato di rimborsare la somma di quanto avesse tratto profitto. *Praestare debet*, dice la legge, 7, §. 5. eod. tit., *si quid ex haereditate in rem ejus pervenit, nec periit per aetatis imbecillitatem.*

In questo caso, la restituzione produce questo effetto, che il minore deve ottenere il rimborsamento delle somme che ha pagato a' creditori dell'eredità. Lapeyrère e gli autori che cita, V. *Mineur*, n° 19; quante volte per altro non fosse provato, o solamente stabilito da presunzioni gravi, precise, e concordanti, ch'egli avea trovato nell'eredità mezzi sufficienti per estinguere il passivo, o che i giudici avessero le pruove che pagando i debiti, il minore nulla avesse rimesso del suo.

Ammettiamo che sonovi de' casi ne' quali la restituzione contro l'accettazione di un'eredità, è estremamente rigorosa, soprattutto quando non v'è stato inventario; è d'uopo egualmente che il minore che giunge alla sua maggiorità sia molto accorto, se non vuol perdere ogni dritto al favore della legge; egli deve soprattutto fare un inventario esatto de mobili ed

effetti mobili dipendenti dalla successione. *(Lapeyrère ibid).* Egli deve tosto intentare la sua azione: il più lieve indugio, unito ad un possesso prolungato, la più lieve imprudenza lo dichiara decaduto, e si ha come una ratificazione.

Quando per avventura domanda di essere restituito, dev'esserlo in intiero. In tal modo tutto quello che abbia potuto fare durante la sua minorità, la dissipazione de' capitali, le degradazioni non gli nuocono punto. I maggiori cui premeva che l'attivo dell' eredità non fosse dissipato, debbono accagionar sè stessi di non aver fatto fare un inventario, e di non aver fatto tutti gli atti conservatorii che la prudenza suggerisce in simili casi.

290. Abbiam detto che il minore poteva esser restituito non solo quando l'atto stesso rinchiudea lesione, ma ancora quando conteneva la causa o in certo modo il germe di una lesione che dovea manifestarsi più tardi. V'à sole eccezione pel caso nel quale la lesione fosse la conseguenza di un avvenimento posteriore ed inopinato. Se dunque la lesione è l'effetto di un avvenimento che, quantunque posteriore all' obbligo del minore, era di natura da potersi conoscere dal maggiore che ha trattato con lui, in questo caso v'è luogo a restituzione: e ciò è tanto più giusto, in quanto che si potrebbe dire che alla lesione andasse unita la circostanza di dolo e di frode per parte del maggiore, e che questi non avea ceduto il suo dritto all' altro se non per togliersi l'impaccio dei pericoli di evizione o del pregiudizio che potea derivargliene.

Supponiamo, per esempio, che si fosse venduto ad un minore un immobile dotale, per una somma ch' egli ha pagato; è chiaro ch' ei può dimandare la rescissione del suo contratto, quando, anche non fosse citato per evizione dalla moglie e dai suoi eredi; il pericolo ch' ei corre d'essere evinto, è una circostanza molto grave per poter scorgere in essa una vera lesione, e da potervi rinvenire tutti i caratteri di quella debbolezza, di quella inesperienza che formano il fondamento dell' azione di rescissione.

Per nondimeno, noi siamo d'opinione con la Corte di Tolosa, che se un minore emancipato avesse acquistato un immobile dotale per un prezzo che non fosse punto eccessivo, e che non l'avesse pagato, ei potrebbe non esser restituito contro questo acquisto; in fatti è certo che, come lo dice questa Corte, decisione del 24 gennajo 1825. « Per rispetto a questa vendita, il minore che ha acquistato senza lesione, è nella stessa posizione che un maggiore, e può solamente, come

ve l'autorizza l'articolo 1653-1499, negarsi al pagamento sino a che non sia assicurato contro i pericoli che un giorno potrebbero provenirgli dalla possibile evizione dell'immobile dotale ch'egli ha acquistato » Del rimanente le circostanze debbono essere di gran peso nel convincimento del magistrato

291. 5ª. *Regola*. Un minore non può esser restituito contro l'atto col quale ha soddisfatto un'obbligazione naturale: adempiendo un'obbligazione di tal fatta, egli ha adempiuto un dovere; or, sarebbe contrario a' principii della morale e delle onestà pubblica, ch'egli si pretendesse leso, per ciò solo che avesse fatto un atto giusto e doveroso.

Il minore che ha fatto un assegnamento per alimenti ad uno o più de' suoi ascendenti che sono in bisogno, non può esser dunque restituito, se l'assegnamento è prudentemente proporzionato a' bisogni di coloro che lo ricevono ed alle facoltà di colui che lo dà.

292. Sarebbe lo stesso, se il minore si fosse renduto mallevadore giudiziario per far uscire suo padre dalle prigioni. Auzanet, lib. 2 delle decisione, cap. 78.

293. Sarebbe lo stesso, se il minore avesse estinto un debito legittimo, che il creditore avea fatto cadere in prescrizione, o rinnovato un titolo che stava per esser prescritto. La prescrizione estingue al certo l'azione civile, ma non l'azione naturale; or, per l'uomo giusto e coscenzioso, quest'ultima obbligazione è altrettanto imponente quanto la prima. Il minore ha dunque potuto rinunciare ad un mezzo odioso e pagare o assicurare un debito la cui causa era legittima.

294. Risulta anche dall'anzidetta regola, che il minore che ha ratificato un'obbligazione, sottoscritta da suo padre, ch'era suscettibile d'essere annullata per una causa che non avea nulla d'illecito, non può altrimenti farsi restituire contro la ratifica che ha fatto; perciocchè, il mezzo di nullità non impedendo che vi sia stata, per parte del padre del minore, un'obbligazione naturale, questi coll'estinguere una tale obbligazione, altro non ha fatto che adempiere un dovere, contro il quale sarebbe ingiusto ch'egli potesse farsi restituire; ciò avrebbe soprattutto luogo nel caso che egli avesse ratificato un'obbligazione nulla nella forma.

295. 6ª *Regola*. Il minore non può esser restituito contro le obbligazioni risultanti da un delitto o quasi delitto (Art. 1310-1264); vale a dire, che risultano da fatti illeciti, co' quali ha cagionato un pregiudizio altrui. Non era

conveniente che il minore potesse farsi scudo della sua minorità per negarsi a riparare il danno ch' egli avesse cagionato per un siffatto motivo.

296 Osservate che la legge non fa punto parola in quest' articolo *dell obbligazioni contratte* , ma sì bene delle *obbligazioni* risultanti dal delitto o quasi delitto , ciò che non deve intendersi se non di quelle che sono la conseguenza giusta e naturale del pregiudizio cagionato , e non dell' obbligazioni che fossero state sottoscritte in quest' occasione ; è indubitato che quest' ultime potendo essere suodate , ed avendo potute essere estorte col timore incusso al minore , ei può dimandarne la rescissione , se non hanno una certa proporzione con la riparazione da lui dovuta.

297. Deriva dalla regola suddetta che sa il minore s'è asserito maggiore , ed abbia poggiato la sua asserzione su di un falso atto di nascita , o su raggiri fraudolenti, capaci d ingannare colui col quale ha contrattato , ei non potrà far rescindere la convenzione fatta in seguito della sua falsa dichiarazione *Leg. 2, Cod. si minor se majorem dixeri* La semplice dichiarazione fatta dal minore d' esser maggiore, non l' esclude dal beneficio della restituzione. Art. 1307-1261 ; spettava a colui che ha con esso contrattato di accertarsi bene della sua età e del suo stato. Se così non fosse , non avrebbe veruno scopo il beneficio della restituzione ; imperciocchè non si sarebbe mai mancato nel contrattare con un minore , di fargli fare la dichiarazione ch' egli era giunto alla maggiorità.

298. Ciò che noi abbiamo ora detto della dichiarazione di maggiorità , ha luogo nel caso che il minore si fosse asserito negoziante : la produzione di una falsa patente non lo farebbe esser più ammesso a dimandare la nullità o la rescissione degli obblighi fatti ; sarebbe diverso se altro non avesse fatto che asserirsi negoziante.

299. Allorchè il legislatore non vuol che il minore possa farsi restituire contro le obbligazioni risultanti dal suo delitto o quasi delitto , suppone che la colpabilità del minore è provata indipendentemente dalla semplice dichiarazione ch' egli n' avesse fatta. Noi dunque crediamo esser all' intutto giusto che l' atto col quale un minore si riconoscesse autore di un delitto o di un quasi delitto , vada sottoposto a rescissione , se i giudici ritrovino in quest' atto delle tracce di dolo o di frodo , o la mancanza anche di pruova della colpabilità del minore ; questo non è punto il caso dell' eccezione contenuta nell' Art. 1310-1264 ; ci sembra anzi che

questo più che mai sia il caso di farsi a soccorrere il minore, cui s'è potuta carpire una dichiarazione che tende non solamente a scemare l'aver suo, ma anche a compromettere la sua riputazione.

300. 7°. *Regola.* Il minore non può esser restituito contro gli atti fatti dal suo tutore, quante volta questi non avrà punto ecceduti i limiti del potere che la legge gli accorda. — Facendo simili atti, il tutore agisce pel minore, come se questi fosse maggiore — Questa regola è la conseguenza dell'Art. 1305-1259, che lo decide in tal modo pel minore emancipato, e dell'Art. 1314-1268.

Così il tutore avendo qualità per ricevere i capitali mobili del minore, questi non potrà farsi restituire contro i pagamenti che fossero stati fatti in buona fede al tutore.

Così il minore non potrebbe esser restituito contro gli affitti de' poderi fatti dal tutore in buona fede a' terzi.

Se così non fosse, il tutore non inspirerebbe maggior fiducia del minore, ed alcuno non oserebbe trattare con lui; ciò che, siccome l'abbiam detto, sarebbe di un gran danno per lui. Supra n°. 281.

Eccetto i casi particolari ne' quali il tutore agisce ne' limiti che la legge ha imposti alla sua autorità, il suo concorso nell'obbligo sottoscritto dal minore, la stessa promessa ch' egli avesse fatta in iscritto di farlo tacere, non impedirebbe punto il minore di farsi restituire. *In his autem quae minorum tutores vel curatores male gesisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint: in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit* Leg. 3. cod. de minoribus si tutor vel curator — È questa la conseguenza dell'Art. 1305-1259, che autorizza il minore a farsi restituire contro *ogni sorta di convenzione*, senza distinguere quello che sono state trattate dal minore solo, dal suo tutore, o da tutti e due unitamente.

301. S'è dimandato, a questo riguardo, se per rapporto agli atti che il tutore non era punto autorizzato a fare, la facultà ch' ei desse ad un minore era di un' importanza tale, che in mancanza, si dovesse decidere che l'obbligo sottoscritto dal minore era nullo, essendo sfornito della sua forma costitutiva.

Crediamo di no, e secondo noi, Toullier, nel suo dritto civile, vol. 6. (*edizione Torlier*, *t. 3. n. 106*) ha molto inconvenientemente sostenuto che il minore era presunto leso, solamento per ciò ch' aveva agito senza la fa-

cultà del suo tutore. La legge non ha detto in verun luogo che questa facultà fosse sostanziale, e che fosse richiesta sotto pena di nullità. L'art. 1305-1259 ed altre disposizioni, non ammettono la rescissione se non nel caso che vi sia lesione; se questa lesione non esiste, non può esservi luogo a rescissione sotto veruno pretesto; poco monta, quando il minore ha fatto un atto che gli è vantaggioso, che siavi stata o pur no la facultà del tutore; siccome il maggior utile del minore è l'unica guida in questa circostanza, così è dall'esservi o non esservi la menoma lesione che i tribunali debbon decidersi. *Placuit*, dice Giustiniano nell'inst. tit. de auct. tut., *meliorem quidem conditionem pupillis facere etiam sine tutoris autoritate; deteriorem vero aliter quam tutoris autoritate*.

E anche per errore che Toullier ha voluto paragonare la facultà del tutore a quella del marito, perciocchè questa essendo richiesta più a vantaggio del marito che a vantaggio della moglie, l'atto fatto senza permesso è un pregiudizo arrecato al potere maritale, o produce, anche per ciò, la nullità di quest'atto; in vece che la facultà del tutore non essendo richiesta che nell'utile del minore, la sua mancanza non è di veruu conto ogni qual volta il minore non è leso.

302. 8ª. *Regola*. In fine, il minore non può esser restituito in tutti que' casi ne' quali il legislatore l'ha autorizzato a trattare come se fosse maggiore.

Per esempio, il minore negoziante, banchiere o artigiano, non può esser restituito contro gli obblighi assunti per ragion del suo negozio o della sua arte, Art. 1308-1262.

Per esempio ancora, il minore non può esser restituito contro le convenzioni stipulate ne' suoi capitoli matrimoniali, quando esse sono state fatte coll approvazione o l'assistenza di coloro il cui consenso è richiesto per la validità del matrimonio (Art. 1309-1263). Supra n° 90.

E generalmente quando le formalità richieste per riguardo ai minori o agl'interdotti, sia per alienazione d'immobili, sia per una divisione di eredità, sieno state osservate, essi sono, relativamente a questi atti, considerati come se gli avessero fatti nella maggiorità o prima dell'interdizione (Art. 1314-1268). (1).

(1) Tutte le cose discorse dal Solon in questo paragrafo, meritano bene l'attenzione de' giureconsulti, però più come idee a prender luogo in una

CAPITOLO III.

DELL' INTERPETRAZIONE DELLE LEGGI CHE HANNO PER OGGETTO LA FORMA DEGLI ATTI E LA VALIDITA' DELLE CONVENZIONI.

303. Quando la pena di nullità si trova formalmente unita all'omissione di una formalità o ad una contravvenzione qualunque, non v' ha dubbio veruno su la condotta che deve tenere il magistrato, il suo dovere è di applicare la legge e di annullare l atto fatto in onta di una volontà si chiaramente manifestata. All incontro, quando la nullità non è testualmente espressa, la volontà del legislatore può non esser bene conosciuta; poichè, se da una parte il suo silenzio può interpetrarsi in favore dell' atto o della convenzione, dall altra, succede spesso che, quantunque non siasi abbastanza espresso, pure ha voluto che la nullità fosse aggiunta dal giudice.

Or, siccome questi altro non può essere che lo strumento della legge, e l' interpetre della volontà che l' ha concepita e promulgata, ne risulta che quando il legislatore non s' è sufficientemente espresso su le conseguenze di un' infrazione, il giudice deve procurare di squarciare il velo che adombra agli occhi di ognuno il pensiero della legge, egli deve impadronirsi di questo pensiero come l' unica guida che non può farlo smarrire; e facendo ciò che lo stesso legislatore avrebbe fatto, ei deve annullare l atto quante volte la sua esistenza ripugna all ordine pubblico e lede le disposizioni che son proprie della sua forma costitutiva.

nissima legislativa, che come nozioni pratiche e conformi alla presente legislazione. Secondo noi i minori, per le presenti nostre leggi, non hanno persona: essi sono rappresentati dai tutori i quali sono i loro agenti risponsabili; e però la incapacità de' minori fa nulli tutti gli atti per essi stipulati. Il fatto de' tutori può essere impugnato di rescissione o di nullità secondo che è stato ridotto ad atto colle formalità prescritte dalla legge o senza, l'azione di rescissione o di nullità sarà sperimentata dal minore dopo fatto maggiore, o dal tutore surrogato o dal consiglio di famiglia durante la tutela ed in tutt'i casi in linea di restituzione, ma non per ciò è meno vero che il minore fin all emancipazione non è ammesso a contrattare. Così un minore che si fosse obbligato anche vantaggiosamente a fare qualche cosa, potrebbe ben negarsi a farlo, comecchè facendola gliene venisse utile

Vi sono ben vero degli atti ne' quali il minore è considerato dalla legge come maggiore, ed in questi egli è al maggiore ragguagliato. Vi sono de' fatti convenuti i quali o la legge non ha modo di disfarli, o anche che li disfaccia commette un' ingiustizia, ed in ciò ancora ella respinge a ragione un azione o infruttuosa ed inutile o distruttiva del rispetto dovuto all adempimento delle naturali obbligazioni, e fondatrice d' immoralità.

Premesse le cose testè dette, preghiamo il lettore ad essere misurato nell' adattare le dottrine esposte dall' egregio nostro autore.

Ma quando e come i magistrati dovranno e potranno penetrare la mente del legislatore; in quali casi saranno essi obbligati di pronunciare una nullità che questi non avrà pronunciato? La risposta a queste quistioni forma l'oggetto del presente capitolo.

304. Abbiamo udito alcuni sostenere che le leggi spettanti alla validità delle convenzioni, non potevano in verun caso dar luogo ad interpretazioni; che, in fatti, l'interpretazione suppone dubbii, e che in questa materia ve ne posson esser tanto pochi reali, che dal momento che se ne scorgesse pur l'ombra, dovremmo deciderci in favore dell'atto impugnato; *interpretatio in dubio capienda est semper ut actus et dispositio valeant potius quam pereant*. Leg. quoties 12, ff. de reb. dub.

Questa maniera di ragionare non è mica adeguata; perciocchè s'è vero che quando la volontà del legislatore è dubbiosa, il giudice deva decidersi per la validità dell'atto, non è vero del pari il dire che siavi dubbio per ciò solo che il legislatore non s'è punto espresso di una maniera esplicita. È certo, all'incontro, che spessissimo il legislatore non si esprime positivamente su questo punto, e che intanto, egli intende che l'atto fatto contro la sua volontà sia annullato dal giudice.

Or, l'interpretazione onde noi verrem stabilendo le fondamenta e determinando le regole, consiste precisamente ad indagare in qual caso la volontà del legislatore non debba esser dubbiosa, quantunque non sia stata formalmente espressa. — Una siffatta interpretazione non deve nulla aggiungere, nulla scemare a questa volontà, perciocchè il suo scopo è unicamente d'esporre il senso naturale e regolare della legge.

Questa interpretazione è di una necessità tanto assoluta, che, senza di essa, sarebbe impossibile amministrar la giustizia, *Massime del dritto pubblico*, vol. 6, pag. 3, e sarebbe uopo ricorrervi anche quando la legge l'avesse proibito; perciocchè non è nel potere della legge di decidere che il senso ch'essa esprime sia chiaro e manifesto ad ognuno. Barth. *in leg. omnes populi* 9 ff. *de just. et jure*.

305. E questa interpretazione è soprattutto necessaria in materia di nullità. Nelle disposizioni ad essa attinenti, il legislatore non può sempre chiaramente farsi intender su l'importanza della disposizione che prescrive; spesso gli è impossibile di prevedere le conseguenze di un'infrazione, i danni che posson derivare all'ordine pubblico da un atto

fatto contro la sua volontà, gli espedienti onde può far uso la frode per eludere una proibizione. Più spesso ancora egli non può prevedere tali circostanze che debbono rendere le disposizioni della legge più o meno essenziali, che possono renderle inutili e senza scopo, od anche contrarie all' ordine pel mantenimento del quale erano state fatte.

Che se poi il legislatore avesse annullato indistintamente tutti gli atti fatti in opposizione alla legge, egli avrebbe in certo modo paralizzato l' animo ed il convincimento de' magistrati, obbligandoli di comprendere, nella stessa proscrizione, gli atti in tutto opposti all' ordine pubblico, a quelli la cui esistenza non è di alcun danno; finalmente togliendo loro il dritto di esaminare e valutare i fatti, loro avrebbe del pari tolta la facoltà di giudicare.

Come del pari, se nel prescrivere o vietare una cosa, il legislatore avesse detto o dato solo luogo a sospettare che gli atti fatti in onta di questo divieto o prescrizione, dovessero nondimeno valere, la legge verrebbe a perder tutta la sua forza, e si ridurrebbe ad un vano precetto ad un inutile consiglio.

306. Diciamolo dunque, non v'ha che la sola interpetrazione la quale possa facilitare l' applicazione delle leggi, nelle parte delle loro disposizioni che ha per oggetto la forma e le condizioni necessarie alla validità degli atti e delle convenzioni, e quindi a facilitare questa applicazione appunto abbiamo noi fatto una scelta delle regole che ci son sembrate più giuste, e nel tempo stesso più fondate nel dritto.

307. Prima di farne l' esame, ci è stato uopo combattere un' opinione ammessa da parecchi giureconsulti, che ci è sembrata contraria a' principii più elementari del dritto e della rescissione (1). Sta questa opinione nel pretendere che siavi in legge delle espressioni solenni che, comunque diviate dalla loro primitiva significazione, nulladimeno offrono un' indicazione sicura della volontà del legislatore. Secondo questa opinione, v' ha sempre nullità quando la legge abbia fatto uso delle parole *non può*, Merlin, Repertorio V. Nullità (*Nullité*) § 1, n. 3; all' opposto, non v' ha nullità quando il legislatore, volendo esprimere il carattere di un atto fatto in opposizione alla legge, ha detto che quest atto *non sarà valido*. Toullier, tom. 8 (*Edizione belga di Tarlier*, t. 4) n°. 319.

(1) Fare che impropriamente, siasi adoperata la voce rescissione, quando trattasi non d' altro che di mera nullità.

Questa opinione ci sembra falsa e perniciosa; ella tende niente meno che a far dipendere l'intenzione della legge dalla penna più o meno esatta di un compilatore, e a far degenerare in discussioni grammaticali, delle quistioni la cui soluzione può il più delle volte interessare l' ordine pubblico: che per ciò essa anche è contraria alla natura delle cose. Noi imprendiamo a provarlo nel discutere le due proposizioni sostenute, una da Merlin, l' altra da Toullier (1).

308. È regolare il dire *che v' ha nullità ogni qual volta la legge ha fatto uso delle parole : non può?* Questa proposizione è giusta? è poggiata su d' una disposizione della legge? è conforme alla volontà del legislatore? — Noi punto non esitiamo a dichiararci per la negativa.

309. In origine, si fece risultare questa proposizione dalla legge 5, cod. de leg. espressa in tal modo: » *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos volumus subsecutum qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpetrationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus: ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse, sufficiat: caetera quae quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibeatur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.*

310. In seguito, Dumoulin derivò da questa legge la regola: *Negativa praepositio verbo potest tolli potentiam juris et facti*; ma è d' osservarsi ch' egli non affermò esser questa una regola generale ed assoluta, che anzi disse doversene far uso solo dopo aver esaminato i fatti, ed a norma delle circostanze, *secundum subiectam materiam*: queste sono le sue proprie parole; vale a dire, che fu sua opinione, che se generalmente le disposizioni proibitive si presumevano come

(1) Non possiamo accettare *sic et simpliciter* la idea dell'A. in questo luogo, se per avventura si elevasse a principio che la intenzione del legislatore non si manifesta per la via delle parole della legge, e che le quistioni di parole son semplici quistioni grammaticali, le leggi diverrebbero il zimbello delle private opinioni e de' possibili o delle utopie del meglio. Vogliamo che la netta volontà del legislatore, o sia lo spirito e la vera disposizione della legge, sia rispettata anche a traverso della improprietà delle parole, ma in questo caso *tantum* e quando tra il senso e le parole sia manifesta contraddizione. Le note che seguono spiegheranno meglio questo concetto.

prescritto sotto pena di nullità, questa presunzione non era così forte, che il giudice non dovesse esaminare i fatti e non potesse decidersi per una presunzione contraria.

311. La ragionevole modifica che un autore di un merito tanto elevato quanto Dumoulin, fece alla legge Romana, scemò di molto l'autorità che questa legge per l'innanzi avova ottenuto su di alquanti giurisconsulti di second'ordino; e dippiù fece sì che i più intelligenti magistrati del tutto se ne allontanassero. Ciò è quanto asserisce Alciato ne' suoi paradossi, lib. 3, cap. 4 « *Negativam verba posse antepositam non excludere omnem potentiam, quod in nostra haec tempora apinati sunt juris periti* ».

312. Da ultimo, la legge 5, e la proposizione stessa di Dumoulin, perdettero tutta la loro autorità per la promulgazione dell'antiche ordinanze reali; singolarmente di quella del 1667. In fatti, si leggono, in queste ordinanze, moltissime disposizioni espresse in termini proibitivi, e nelle quali nulladimeno si aggiunse la pena della nullità. Questa precauzione sarebbe stata evidentemente inutile, quante volte il legislatore avesse per poco tenuto conto della regola su citata.

313. D'allora in poi, essa è stata solo annoverata fra le sottigliezze del dritto, o se alcuni giurisconsulti di merito l'hanno ammessa, ciò è stato senza discuterla ed in certo modo per effetto di un eccessivo riguardo verso il dotto maestro che aveala scritta nelle sue opere. — Ed in verità, come potrebbe essa reggere alla benchè minima discussione?

Noi l'abbiamo detto, essa non è giusta, non è fondata su la natura delle cose. È poi vero, in fatti, che siavi una differenza nella natura delle leggi proibitive, e delle leggi imperative. Nun sapremmo idearlo (1).

Certo, esse hanno un oggetto diverso, perciocchè le une *comandano* certe cose, mentre le altre *proibiscono*, o in un modo assoluto o con restrizioni; ma questa differenza nell'oggetto, potremmo anzi dire nelle parole, non dà un'autorità maggiore delle altre; sonovi de' casi ne' quali un comando della legge si lega essenzialmente con l'ordine pubblico, mentre che le sue proibizioni sono senza importanza; come del pari accade sovente che la proibizione è assoluta, in vece

(1) Tutti gli scrittori sì antichi che nuovi l'hanno riconosciuta, ed è vano tentativo di sostenere il contrario. Lo stesso nostro Autore intanto ve la trova più che altri mai, e solamente sostiene che nella diversità dell'oggetto, non vi è diversità di autorità tra esse.

che il comando è poco grave, e d'altra parte, subordinato alle circostanze

Le leggi imperative, non altrimenti che le leggi proibitive, sono l'espressione della volontà del legislatore. Esse originano dalla stessa sorgente; hanno lo stesso carattere, e debbon d'altra parte avere la stessa autorità: esse hanno ciò di comune, che si rendono più o meno importanti, secondo che hanno per oggetto le cose o i fatti che riguardano più o meno l'ordine pubblico: le une e le altre si riferiscono ad un'infinità d'atti e di fatti diversi, che per ciò l'effetto della contravvenzione alle loro disposizioni non può stabilirsi in un modo generale ed assoluto.

Quando si voglia giudicare della forza di una legge espressa in termini proibitivi, o nella quale siasi specialmente fatto uso delle parole: *non può*, *non potendo*, ec., non dobbiamo perder di vista che tutte le proibizioni non hanno la stessa importanza, e che non tutte debbono essere ugualmente osservate, in tutti i casi, e per rispetto alle medesime persone. Come in materia criminale, la proibizione si aggrava per le circostanze, l'età, la condizione, così in materia civile, essa cambia in ragione de' pericoli che può cagionare all'ordine pubblico l'atto fatto contro la disposizione della legge; altrettanto variata, in certo modo, quanto le diverse specie cui può applicarsi, la sua gravità non può essere esattamente calcolata, se non dall'esame del fatto o dell'atto ch'essa ha per oggetto, e dalle conseguenze che potrebbero avere se fossero fatti ad onta della legge.

Così la proibizione è assoluta e d'ordine pubblico, quando ha per oggetto d'interdire un atto la cui esistenza sarebbe contraria a' buoni costumi.

Così, alcuna volta, la proibizione può esser solamente temporanea, come, per esempio, quando il legislatore ha detto che la donna non poteva contrarre un nuovo matrimonio se non trascorsi dieci mesi dopo lo scioglimento del primo. (228-156)

Alle volte la proibizione è fatta solamente per certe date persone, a motivo di qualche circostanza, nell'idea di qualche pericolo che del rimanente non s'avvera.

Finalmente, può avvenire che la proibizione si congiunga solo a' fatti od atti accessorii e senza importanza.

314. Posto ciò, è evidente che *proibire* un atto non vuol dire *annullare quest'atto*, se siasi fatto non ostante la proibizione; e che per ciò la massima di Dumoulin, dalla quale

risulterebbe che la nullità sarebbe sempre ed in tutti i casi, una conseguenza dell'infrazione di una legge proibitiva, non è punto ragionevole, nè fondata su la natura delle cose.

Quindi essa non ha potuto entrare nel pensiero del legislatore; ed in vero come mai potremmo supporre che ogni qualvolta il legislatore ha fatto uso delle parole *non può*, ogni qualvolta ha fatto una legge proibitiva, abbia dovuto sempre avere in mente la massima di Dumoulin, e la volontà di conformarvisi? Un egual supposizione è inverosimile, nè ha verun fondamento (1). Dobbiam supporre che se il legislatore avesse avuto l'intenzione di far prevalere questa massima, ne avrebbe fatta una legge, e con ciò avrebbe dileguato qualunque dubbio. — Quest'era la sua idea, ma fu costretto a non poterla eseguire.

315. Quando fu presentato al Consiglio di Stato il titolo 4 del libro preliminare che fu messo a capo del progetto del Codice civile, si leggeva nell'art. 9. » *Le leggi proibitive inducono necessariamente la pena della nullità, quantunque questa pena non vi sia formalmente espressa* ».

Quest'articolo fu soppresso; non se ne disse il motivo, ma fu certamente, perchè si comprese che era impossibile potersi eseguire, od almeno poteva dar luogo a grandi inconvenienti.

316. In seguito, il legislatore stabilì, nel Codice di procedura civile, una regola incompatibile con la massima di Dumoulin, egli disse nell'art. 1030-1106 » Non potrà » dichiararsi nullo alcun atto di citazione od altro atto » di procedura giudiziaria se la legge non ne pronunzia for» malmente la nullità ». Pareva che ogni dubbio dovesse svanire con questa disposizione, pure alcuni autori pretesero che l'art. 1030-1106 non poteva applicarsi alle leggi concepite in termini proibitivi. Ma questa nuova pretensione fu abbattuta da un decisione della Corte di Cassazione del 1 sett. 1813, Sirey, 1814, p. 67, con la quale la Corte sentenziava che le disposizioni dell'articolo 1030-1106 doveano adottarsi tanto per le leggi proibitive, quanto per leggi imperative.

317. È vero che non si rinviene un'egual disposizione nel Codice civile, ma ciò non monta, poichè rigettando l'art. 9, del tit. del libro preliminare del Codice civile, il legis-

(1) La inverosimiglianza della supposizione è mera assertiva. Chi ha detto al sig. Solon che la legge non abbia potuto volere una disposizione proibitiva, quando ve ne ha impiegate le parole?

latore aveva molto chiaramente manifestata la sua volontà, che perciò era superflua qualunque altra dichiarazione. Ma quello che dissipa qualunque dubbio, è, che il Codice civile comprende parecchie disposizioni nelle quali sono adoprate le parole: *non può* e *non potrà*, ec. e il cui trasgredimento non induce nullità; mentrecchè sonovene delle altre, espresse colle medesime parole, ed alle quali il legislatore ha creduto dovere aggiungervi la condizione annullante. Art. 64-68, 65-68, 144-152, 160-174, 228-156 ec.

318. A proposito di quest'ultimo articolo, che proibisce alle donne di contrarre un secondo matrimonio, prima di dieci mesi dallo scioglimento del primo, Locrè dice, *nel suo Spirito del Codice civile*: « Molte Corti avrebbero desiderato » che il legislatore aggiungesse a questo articolo la pena di » nullità; ma il Consiglio di Stato stimò non doverlo fare; » in fatti, qual pena imporre? La nullità del matrimonio? » sarebbe stato troppo per la contravvenzione di una legge » di semplice precauzione, che non tendeva nè direttamente, » nè indirettamente a reprimere gravi disordini. *Bastava dunque di farne la proibizione*, e rimettersi alla fedeltà dell' officiale dello Stato civile per la cura di farla osservare ».

Dunque, noi ragionevolmente abbiam detto che, nell' intenzione del legislatore, *proibire che un atto si faccia* non vuol dire sempre *dichiararlo nullo* s' è stato fatto.

319. La Corte di Cassazione ha convalidato questi principii nel seguente caso.

Maria Berry era vedova da meno di dieci mesi, quando gli 11 termidoro, anno XI, passò a seconde nozze col sig. Verchères, che, per contratto di matrimonio, le fece donazione di tutti i suoi beni presenti o futuri. Essendo morto Verchères, Maria Berry prese possesso de' beni dell' eredità; ma gli eredi del defunto impugnarono la donazione ed il matrimonio degli 11 termidoro anno XI, o sostennero che questa donna essendosi maritata di nuovo prima che fossero passati dieci mesi dalla morte di Pietro Heno, suo primo marito, il secondo matrimonio con Verchères era radicalmente nullo, a' termini dell' art. 228-156; dal che conchiusero che la donazione derivante dal contratto dovea esser dichiarata caduca, come fatta in favore di un matrimonio nullo e non avvenuto.

Un giudicato del tribunale civile di Charoles, del 24 termidoro hanno XII accolse questa dimanda e pronunziò la nullità del matrimonio e della donazione. — Vi fu appello alla Corte di Dijon, la quale, con sentenza del 3 luglio 1807, annullò il giudicato. Gli eredi Verchères ebbero ricorso in Cassazione;

ma con decisione della sezione civile, del 29 ott. 1811, sul rapporto del sig. Liger de Verdigny, e su lo conclusioni del sig. Daniels; la Corte, veduto l'art. 228-156; *atteso che questo articolo non ha ingiunta alla proibizione che contiene la pena di nullità del matrimonio*; che questa proibizione non si trova fra le cause di dimanda per nullità di matrimonio, delle quali si è trattato al cap. 4, tit. 5, lib. 1 del Codice; atteso che, in fatti, vi sarebbe un rigore smodato nell'annullare l'atto più importante o più favorevole alla vita civile, applicando troppo largamente quest'articolo del Codice, *che pone solo un impedimento temporaneo*, fatto per precauzione o per convenienze sociali; mentre che per adempiere questo scopo, per renderne certa l'esecuzione, e per prevenire tutti gl'inconvenienti che potrebbero nascere dalla sovverchia fretta per un secondo matrimonio, può bastare una maggiore attenzione degli ufficiali dello Stato civile, e l'attiva vigilanza de' magistrati che fanno le funzioni del ministero pubblico, d'onde segue, che la corte di Dijon, col non riconoscere e non pronunziare la eullità del secondo matrimonio di Maria Berry, vedova Verchères, non ha violate l'art. 228-156; rigetta ec. ec. — Vedansi le decisioni riportate da Dalloz, t. 19, p. 316 e 363; Sirey 1809. 1. 168. 1812, 1. 46. 1814, 1. 67.

320. Dobbiamo in vero dire che vi sono state parecchie decisioni nelle quali pare che la Corte di Cassazione abbia riconosciuto l'autorità della massima di Dumoulin. Ma se si pon mente ai fatti che hanno date luogo a queste decisioni, ci convinceremo di leggieri, che quando la Corte ha mantenute l'annullamento degli atti fatti in onta delle leggi proibitive, nelle quali erano adoprate le parole *non può* o *non potrà*, ciò è stato solo dopo l'esame del fatto, e perchè gli atti, sottoposti al suo giudizio, ripugnavano all'ordine pubblico, ai buoni costumi, o erano privi di alcuna delle loro qualità costitutive.

Poco monta dunque che ne' considerandi, la Corte di Cassazione abbia detto, come nella sua decisione del 4 dicembre 1818, Dalloz, t. 7 p. 110; Sirey, 19. 1. 177, che l'espressioni *non potranno*, sono nel tempo stesso proibitive, imperativo ed assolute, poichè è indubitate che nella specie di questa decisione la proibizione della legge era effettivamente essenziale, assoluta. Leggendo questa decisione non può rimanere dubbio veruno, che la Corte di Cassazione sia stata solo mossa dalla natura della contravvenzione, ed in verun modo dalla considerazione che il legislatore avesse adoprato questa piuttosto che un'altra espressione.

321. Conveniamone dunque, fra di noi la massima di Dumoulin non fa autorità; essa è rigettata dalla legge e dalla giurisprudenza; essa ripugna alle ordinarie regole d'interpetrazione e di giustizia (1).

322. Ci rimane a dire un parola su la seconda proposizione, quella, secondo la quale, dichiarare un atto non valido, non vuol dire dichiararlo nullo. « L'atto nullo, dice » Toullier vol. 8. (*edizione Tarlier t. 4.*) n. 319, del suo » Corso di dritto civile, è quello che non ha mai esistito, » che non esiste, e ch'è di niuno effetto, *quae si fuerint* » *facta non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur*, » Leg. 7, cod. de leg. — All'opposto, l'atto non valido non » è nullo, non è come se punto non esistesse, manca, in » vero di forza, esso non ha in se *vim probandi*, ma può » acquistarla; non ha la forza necessaria per determinare i » giudici, ma può e deve tenersene conto, ed alle volte il magistrato gli attribuisce un'esistenza ed una forza intiera, » quando delle circostanze sufficienti suppliscono a quel tanto di » forza che gli manca ».

Toullier avvalora il suo ragionamento con le parole dell'art. 1325-1279. Questo art. è così concepito: « Le scritture private che contengono convenzioni sinallagmatiche non *sono valide* quando non sieno state fatte in tanti originali, quanto sono le parti che vi hanno interesse distinto, ec. ec. » « Or, » dice egli, è certo che in mancanza del fatto doppio o tri-

(1) Il chiarissimo autore prepone alla sua conclusione contro Dumoulin una serie compatta di ragionamenti; nulla di meno confesseremo il vero osservando che non ci hanno compiutamente convinti. Secondo noi le leggi proibitive tolgono di mezzo la legale possibilità dell'atto contrario e per ciò menar debbono mai sempre a nullità. Se non che, la proibizione p li diritto non potendosi estendere da caso a caso, quando per avventura colpisce gli accidenti e non la sostanza, un tempo determinato e non l'indeterminato, la parte e non il tutto, esso non mena a nullità, comecchè assoluto e fosse. Per fermo che non si potrebbe annullare un matrimonio d'una vedova solennizzato prima di decorrere dieci mesi di vedovanza, ma sol perchè il divieto non è di essenza, o sia, non tocca la incapacità ed è temporaneo, mentre il matrimonio è perpetuo; perchè in vano si annullerebbe oggi quel che dimani si può reiterare al medesimo modo; perchè la nullità non potrebbe estendersi oltre ai dieci mesi che nella riferita specie eran decorsi.

Se il Consiglio di Stato soppresse l'articolo che volea la nullità piena ed assoluta nelle leggi proibitive, ei fu secondo noi, più perchè non occorreva una disposizione che facea oltraggio alla cieca obbedienza che l'è dovuta, che per le ragioni addotte dal Sig. Solon. La eccezione poi che si vede fatta per gli atti di procedura, è una pruova maggiore di più in favor della regola.

Laonde la sentenza dell'A. vuolsi accogliere con riserba, e per quanto pare non assolutamente. Checchessia trattandosi di togliere l'efficacia alle parole della legge, e' si vuol'essere sempre restio

» pio, la scrittura privata non è nulla, essa può servire di » principio di pruova scritta, e può essere avvalorata da » una quantità di circostanze (1) ».

Se Toullier avesse solamente voluto dire che sonovi degli atti assolutamente nulli, ed altri che mancano solo di forza, questa sua idea sarebbe stata in tutto giusta, nè potea cadervi dubbio di sorta. Ma pretendere che quando il legislatore avea detto « che un atto che non fosse fatto in » una data forma o sotto certe data condizioni, non *sa- » rebbe valido* », era lo stesso come s'egli avesse espressa l'idea che l'atto non fosse nullo, ma che fosse solamente imperfetto e mancante di forza, egli è un errore che abbiam creduto di far rilevare.

323. Nel loro senso naturale e grammaticale, le parole *nullo* e *non valido* hanno lo stesso significato; esse indicano ugualmente ciò ch'è nullo, ciò che non val nulla, ciò che non dove produrre effetto.

Nel linguaggio legale, queste parole conservano il loro significato grammaticale, esse esprimono la stessa idea; se il legislatore avesse voluto mutare il loro significato proprio, non avrebbe fatto a meno di dirlo; il suo silenzio addimostra ch'ei non ha avuto questa intenzione; perciocchè, come ragionevolmente lo dice Burlamaqui, Principii di dritto della natura e delle genti, cap. 15, della maniera d'interpetrare le convenzioni e le leggi, « *sino a tanto che non vi siano delle » congetture sufficienti d'obbligarci a dare alle parole un senso » particolare, debbonsi intendere in quello che loro è proprio, » conforme l'uso comune e popolare* ».

Prima di lui, il giureconsulto Alciato avea detto: *Ab omnibus traditum est, ut in quacumque materia etiam si poenam irroget eatenus verba generaliter capi, quatenus sermonis propietas ferre potest, nisi aliam loquentis mentem conjiciamus.* (De verbo signif. lib. I.)

Da ultimo, la legge romana avea fatto di questo principio una regola d'interpetrazione de' testamenti. *Non aliter a significatione verborum recedi opportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* Leg. 69 ff. de legibus. Abbisogna che la volontà del testatore di mutare il significato proprio delle parole delle quali ha fatto uso, sia *manifesta*, altrimenti la sua volontà non sarà adempiuta.

324. Ammessa una volta questa regola, evvi in legge

(1) È nulla come sinallagmatica, e valida come principio di pruova scritta; posata questa distinzione la idea di Toullier cammina.

la pruova, o almeno la presunzione che il legislatore abbia avuto in mira di mutare il significato proprio delle parole: *non valido?*; havvi in legge una sola disposizione che stabilisca, come il voleva la legge romana: *che sia manifesto*, che il legislatore abbia avuto questa intenzione? Una siffatta disposizione non esiste; nè Toullier ne accenna alcuna che possa almeno farci presumere dover produrre quest' effetto. L'art. 1325-1279 ch' ei cita, nulla prova; e se l'atto del quale parla può servir di principio di pruova scritta, non è dal perchè il legislatore ha detto *ch' esso non sarebbe valido* se non fosse fatto in altrettante copie quante sono le persone che vi prendon parte, ma sibbene perchè questo atto si comprende nell' applicazione de' principii che noi or ora spiegheremo, cap. 3. sez. 1. E questo è provato, dal rinvenirsi in parecchi articoli del Codice, le stesse espressioni, con un senso tutto diverso. Art. 948-872 970-895 1050-1006 1241-1194 1242-1195 ec. ec.

Possiamo dunque dire con fiducia, essere impossibile ammettere che il legislatore abbia fatto uso delle parole *atto non valido*, con quella restrizione della quale parla Toullier; che anzi è certo aver egli adoprato indifferentemente queste espressioni per esprimere l' atto assolutamente nullo, come negli articoli da noi citati, e l' atto mancante solo di forza come nell' art. 1325-1279

325. Tali sono le osservazioni che noi abbiam creduto utili, per provare quanto poco siano adeguate le due proposizioni adottate da Merlin e da Toullier. Il profondo sapere di questi due giureconsulti dovea farci al certo esitare nell impugnarle, di modo che, solo col ben ponderare e maturare la quistione, noi siamo rimasti fermi nelle nostre prime idee, ed abbiam potuto convincerci dell' errore nel quale essi erano inciampati.

E questo studio ci ha del pari convinti che ogni qualvolta il legislatore non abbia formalmente pronunciata la nullità di un atto, per causa di contravvenzione ad una legge, v' è dubbio; e siono qualunque l' espressioni delle quali egli abbia fatto uso, i giudici debbon sempre spiare quale è stata la sua volontà, la qual cosa non possono e non debbono fare se non osservando gl' indizii generali ed ordinarii che siano usi ad ammettere in siffatta materia (Burlamaqui loc. cit. p. 546 e seguenti); o che prender norma dalle sole espressioni delle quali egli ha fatto uso, deviandole dal loro propriu significato, è la più arbitraria fra tutte le interpetrazioni, che per ciò, quella che più urta lo spirito generale della legislazione e l' ordine pubblico.

326. Dopo aver in tal modo combattuto le diverse opinioni che vi sono su la maniera d' interpetrare le leggi in materia di nullità, dobbiam addimostrare le regole che la ragione, la legge, e la giurisprudenza ci indicano come le più incontrastabili e le più sicure.

327. Una prima regola che è da considerarsi come fondamentale, è quella, che quando la legge pronuncia la nullità di un atto, il giudice deve del pari necessariamente pronunciarla; non spetta a lui di modificarla o di restringerla qualunque possa esserne il motivo » Il giudice, diceva lo » scrittore immortale dello Spirito delle leggi, è la bocca » che parla la parola della legge, un essere inanimato che » non può temperarne nè la forza nè il rigore ».

328. Gli stessi antichi parlamenti, non ostante il loro dritto di rimostranza, non si fecero mai lecito di violar questa regola, come l' attesta il presidente Hénault, nel suo compendio della storia di Francia, tom. 2, pag. 953.

329. E questa regola devo osservarsi, anche quando l' atto del quale la legge pronuncia la nullità, ci sembrasse non arrecare danno veruno sotto qualunque riguardo, e che non potessimo comprendere il motivo che abbia potuto indurre il legislatore a pronunciare una nullità tanto inutile. Il giudice debb' esser persuaso che il legislatore ha avuto le sue ragioni, quantunque non le abbia manifestato. *Non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddi potest*. Leg. 20 ff. de legibus. Ciò risulta dalle disposizioni dell' art. 1029-1105 del Codice di procedura civile, che dispone che nissuna delle nullità . . . . pronunciate nel Codice è comminatoria. Dalloz, t. 12. p. 247.

330. La seconda regola che si può pure riguardare come fondamentale, è, che le nullità essendo una vera pena, sono di strotto dritto, e che il giudice non può ammetterne altro oltre quelle ammesse dal legislatore. L' art. 1030-1106 del Codice di procedura, dice espressamente: » Non potrà dichiararsi nullo alcun atto di citazione od altro atto di procedura giudiziaria, se la legge non ne pronuncia formalmente la nullità ».

331. Questa disposizione propria degli atti di procedura, è stata estesa dalla giurisprudenza alle altre materie del dritto: Circolare del Ministero di giustizia a' Commissarii del governo presso la Corte di Cassazione, il 10 pratile anno XI; — Decisione di Cassazione del 5 gennajo 1810, pronunciata a sezioni riunite e su le conclusioni del procurator generale Merlin.

La nuova giurisprudenza ha confermato in quanto a ciò l'antica; in fatti, ecco quel che si legge in Mornac, su la legge 1. de procurat. et defens. *Valere nihilhominus acta quælibet in quibus peccatum in aliquo fuerit adversus edicta regia, si vero adjectum non sit ratum alias non fore quod geritur, ut aut vulgo loquimur:* se non è detto, *sotto pena di nullità.*

332. Da ultimo, una terza regola che forma il complemento delle due antecedenti, e senza la quale sarebbe spesso impossibile farne l'applicazione, è: non esser necessario perchè un atto sia nullo, che la nullità sia formalmente pronunciata; basta che non possa cader veruno dubbio su la volontà del legislatore. È questa una conseguenza del principio, che la legge proibisce non solo quello che è compreso nelle sue parole, ma ancora quello ch' è compreso nella sua idea. *Lex imperat et vetat non solum quod verbis sed et quod sententia continetur.*

333. Ma come indovinare la mente del legislatore quand' egli non s' è formalmente espresso? Come supplire al silenzio in cui egli è rimasto? In qual caso il magistrato dovrà mantenere l' atto fatto in contravvenzione della legge?

Il giudice deve far le veci del legislatore, e dar la soluzione che questi avrebbe data su la quistione proposta, qualora fosse richiesto risolverla. *Interpetratio*, dice Wesenbec nell' Ist. *idem operari debet quod ipsa lex.* Egli deve soprattutto esaminare la causa che ha fatto sottoporre l' atto alla formalità della quale s' è trascurato di rivestirlo. *Interpetratio in qualibet dispositione secundum causam fieri debet ob quam dispositio facta est et verba prolata sunt.*

Per giungere a questo risultamento, il magistrato deve ingegnarsi di conoscere.

1°. La natura dell' atto o del fatto proibito o prescritto sotto tali condizioni o nella tal forma;

2° Il senso proprio e grammaticale delle parole usate dal legislatore nel manifestare la sua volontà;

3°. Il rapporto di queste parole con quelle che appartengono in modo più particolare al linguaggio legale;

4°. Il rapporto di queste stesse espressioni, quando fossero equivoche, con altre che sono chiare, precise, e che sono state adoprate dal legislatore, perciocchè allora le une spiegano le altre: *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua ejus particula proposita judicare, vel respondere.* Leg. 24 ff. de leg.

5°. Le conseguenze che risulterebbero dal mantenere o annullare l' atto; nel dubbio, bisogna sempre attenersi al più

giusto: *omnis enim interpetratio fundari debet in aequo et bono, et debet habere istos comites, scilicet bonum et aequum*. Dumoulin; Cost. di Parigi, § 37, chiosa 1. n 48.

334 Rare volte avvorrà, che questo esame, fatto accuratamente non ponga il giudice in istato di conoscere il pensiero del legislatore, e di decidore nel modo stesso che quegli avrebbe deciso, se gli fosse stata proposta la quistione in disamina. Sarabbe quasi impossibile che non vi trovasso un indizio sicuro per la determinazione ch' ei dovrebbe prendere di annullare o di mantenere l'atto; e se alcuna volta si trovasso nell' impossibilità di rischiarare la sua coscienza, di formare il suo convincimento, validerà l'atto, per la duplice considerazione che, nel dubbio dobbiamo dichiararci per la validità degli atti; e che ogni interpretazione deve farsi contro colui che trovandosi nell' obbligo di far conoscer la sua volontà, l' ha fatto in un modo imperfetto. *Contra eum qui dicere legem potuit interpretatio est facienda*, supra n. 23 a 25. Vedasi anche la legge: *veteribus*, ec. ff. de *pactis*.

335. Sinora abbiamo indicate le regole fondamentali dell' interpretazione delle leggi; ei rimane ad esporre le regole più speciali di questa interpetrazione, che saranno alle prime ciò che la pratica è alla teoria Ecco quello che ci sembrano esser fermato dalla ragione, dalla legge e della giurisprudenza.

336. *Regola prima*. Qualunque disposizione imperativa che ha per oggetto l'esercizio o la conservazione di un dritto naturale, è in generale, essenziale ed assoluta, e deve essere osservata sotto pena di nullità « La legge naturale, di» ceva la decisione di Cassazione del 7 dicembre 1822, Dal» loz, t. 22, p. 497; Sirey, 1823, p. 5, autorizzata o » confermata dalla legge positiva, dà a questa un effetto più » esteso, più autorevole, più rigoroso, che rende la sua » esecuzione assolutamente essenziale ed indispensabile. » Vedasi Cassaz. 19 dicem. 1817; Dalloz, t. 14, p. 27; Sirey, 18. 1. 170. 19, 1. 328; 10 febb. 1819.

Inutilmente, per evitare gli effetti dell' inosservanza di siffatto disposizioni, potrebbe dirsi che il legislatore non avendo pronunciata la pena della nullità, non potevan conoscersi le conseguenze dell' infrazione; perciocchè, essendo queste disposizioni fondate su la legge naturale, hanno dovuto essere note a tutti, senza eccezione, anche a coloro che non hanno veruna cultura. *Aeque enim in eo re, rusticitati venia praebetur*. Leg. de in jus vocand. cod.

Importanti e numerose sono le conseguenze di questa prima regola, così:

337. 1°. Tutte le condizioni richieste, e le formalità prescritte dal legislatore come necessarie per assicurare il dritto della legittima difesa, sono sostanziali, e si presume esser state prescritte sotto pena di nullità. Poco monta che il legislatore non siasi formalmente espresso; perciocchè quand egli ha stimato che queste formalità e queste condizioni erano necessarie, come guarentite da un dritto tanto sacro quanto quello del quale parliamo, l' omissione d' una di queste formalità o di questa condizioni, fa supporre che colui in pregiudizio del quale quest' omissione ha avuto luogo, non abbia potuto convenevolmente defendersi. Vedansi tre decisioni di Cassazione; Dalloz t. 7, p. 356; Sirey 1823, 377, 378 e 431.

338. 2°. Ogni disposizione od atto che avrà per oggetto di togliere ad un padre i dritti che la natura gli dà nella sua qualità di padre, e quelli che la legge gli conferma, e gli conferisce in questa qualità e come una conseguenza di questa qualità, è nulla, di nullità assoluta, poco monta che il legislatore non abbia formalmente pronunciata questa pena.

Per esempio, l' art. 384-298 vuole che il padre, durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento del matrimonio il superstite fra' genitori, abbiano l'usufrutto de' beni de' loro figli, finchè essi sian giunti a' diciotto anni compiuti, o sino all' emancipazione che potesse aver luogo prima dell' età dei diciotto anni. — L' atto mediante il quale il padre dichiarasse non voler godere di quest' usufrutto, non lo leghrebbe punto, e potrebbe agir contro la sua rinuncia.

La sola eccezione che puo farsi a questa disposizione dell'art. 384-298, sta nell' art. 387-301, che dispone che quest usufrutto non possa estendersi a' beni che i figli abbiano potuto acquistare col loro proprio lavoro od industria, nè a quelli che loro fossero stati lasciati per donazione o per legato colla espressa condizione che il padre e la madre non ne abbiano a godere — Questa eccezione essendo speciale, fatta nell' interesse de' figli, e per inanimirli alla fatica, conforma semprepiù la regola generale, nè dev' estendersi ad altri casi (1).

(1) Noi non pensiamo come l' autore intorno al diritto di venir contro la rinunzia che il padre avesse fatta al figlio dell' usufrutto legale. Secondo il nostro convincimento, l' usufrutto legale non è una conseguenza necessaria o intrinseca della paternità, tanto che può il disponente ordinare che il padre non si abbia l' usufrutto su' beni legati al figliuolo da co-

339. 3°. È generalmente nullo, di nullità radicale, qualunque atto col quale l' uomo rinuncia alla sua libertà, quando non fosse ne' casi o nella maniera voluta della legge —È chiaro, in fatti, che dal punto che uno si sottopone al potere arbitrario di un altro, si mette nella impossibilità di adempiere i suoi doveri.

In tal modo, l' atto col quale un individuo si sottopone all' arresto personale, oltre i casi determinati dalla legge, non può avere esecuzione, art. 2063; almeno in quanto alla parte di quest' atto che stabilisce l' arresto personale, perciocchè l' obbligo, avendo una causa legittima, debb' esser valido.

Ragionevolmente s' è giudicato che colui che firmasse una cambiale, e col fine di fare avere al suo creditore il dritto di costringerlo con l' arresto personale, si fosse falsamente qualificato *negoziante*, possa, quando si voglia costringerlo, fare annullare questa cambiale per quello che riguarda la competenza del tribunal di commercio, e farla valere come una semplice promessa. Sentenza della Corte di Liége del 28 Agosto 1811; Dalloz, t. 4. p. 343; Strey, vol. 12 parte 2, p. 168.

340. Non si deve perder di vista che le leggi naturali debbono osservarsi, sotto pena di nullità, solo quando sieno sanzionate dalla legge civile; è in questo senso che la regola che noi esaminiamo è stata sanzionata dalla giurisprudenza. In generale, la mancanza della sanzione civile stabilisce la presunzione che la legge naturale cui s'è mancato, non sia assoluta, o che la sua esecuzione non sia rigorosamente prescritta

341. 2ª *Regola*. Qualunque disposizione proibitiva o imperativa che poggi su d' una disposizione variabile ed arbitraria, si presume come non essenziale; l' atto fatto in onta di queste disposizioni, non dev' essere annullato che in quanto il legislatore n' abbia manifestata l' intenzione d' una maniera evidente. — Questa regola è la conseguenza dell'anzidetta.

342. 3ª. *Regola*. Qualunque disposizione che riguarda direttamente e principalmente l'ordine pubblico e i buoni costu-

stui. Se fosse una necessità o conseguenza necessaria di quello stato, non dovrebbe ammettere eccezione o restrizion di tempo Egli è un beneficio temporaneo cui può rinunziarsi come ad ogni altro. Il diritto inerente alla paternità è quello d'essere alimentata in caso di bisogno, in conseguenza il padre potrebbe in questo caso e sotto tal rapporto solamente, domandare usufrutto al figliuol suo.

mi, deve essere rigorosamente osservata, poco monta ch' essa non pronunci formalmente la nullità degli atti contro il volere del legislatore. Arg. degli 6-7, 900-816 e 1133-1087 non che 1004-1080 del Codice di procedura. Sarebbe sragionevole il supporre che il legislatore che ha assunto la cura di far leggi necessario al mantenimento dell' ordine pubblico, abbia potuto volere che si tollerasse l'esistenza degli atti diametralmente opposti al fine che s' era proposto.

Questa regola è fondamentale; essa in certo modo s' attiene all'ordinamento di tutta la incivilita società, e sono oltremodo importanti le conseguenze che ne risultano. Noi ne accenneremo qualcheduna.

313. *Primamente*: Il dritto di giurisdizione non può essere esercitato se non dal tribunale che ne ha ricevuto il potere dalla leggo, e dallo parti, nel caso che essa abbiano il dritto di prorogare la giurisdizione. Qualunque giudicato, decisione od atto che fossero emanati da un autorita che non era competente, sono nulli di nullità assoluta, quantunque questa nullità non sia formalmente pronunciata, *supra* n. 165 a 168.

Per esempio, una sentenza o atto dell' autorità giudiziaria col quale un tribunale si fosse immischiato nelle materie spettanti alle autorità amministrative, son nulli di pieno dritto, comunque la nullità non sia formalmente pronunciata; legge del 24 aprile 1790, tit. 2, art. 127-520 § 2 Codice penale; decisione di Cassazione del 23 aprile 1819.

Specialmente non possono i tribunali, sotto qualunque pretesto, mutare, modificare i regolamenti di polizia e farvi aggiunzione. E questa una regola assoluta che non ammette eccezione di sorta. Qualunque decisione che vi contravvenisse direttamente o indirettamente, sarebbe radicalmente nulla, quantunque il legislatore non le avesse formalmente detto; decisione del 38 agosto 1818.

Per esempio ancora, un giudicato del tribunale di commercio che deliberasso su d' una materia puramento civile, sarebbe assolutamente nulle, ne indurrebbe verun obbligo nelle parti. In fatti, i tribunali di commercio hanno solo una giurisdizione eccezionale, i cui limiti non possono essere estesi arbitrariamente.

Da ultimo, è per principio che in materia civile debbano esservi due gradi di giurisdizione, e che non possi far eccezione a questo principio, se non ne casi stabiliti dalla legge, e quando, nell interesse delle parti, per abbreviare i litigi e render più semplice la procedura, la legge

ha creduto farvi qualche modifica : ne deriva che qualunque giudicato o atto che avessero per oggetto di privare una delle parti di uno di questi due gradi, di una di queste due guarentigie, oltre i casi d eccezione preveduti dalla legge, sono radicalmente nulli; legge del 1. Maggio e 24 Agosto 1790 ; decisione di Cassazione, del 18 Giugno 1817; Sirey, 18 1. 298.

Questi principii sono talmente assoluti e s' attengono sì da vicino all' ordine pubblico, che i tribunali richiesti a giudicare di una causa che non è della loro giurisdizione, debbono *ex officio* dichiarsi incompetenti, art. 170-264, 424-630 Codice di procedura. Quando essi nol facciano, la loro decisione è radicalmente nulla. — La parte soccumbente è ammessa a proporre questa nullità, quantunque non abbia proposto la declinatoria ; decisione della Corte di Cassazione, sezione riunite, in data del 15 piovoso anno XI (1). Havvi di più ; questa parte sarebbe ammessa a dimandare la cassazione di una sentenza in ultima istanza, che su la sua propria dimanda fosse stata renduta nella forma criminale, mentre che, secondo la natura dell' affare dovea esserlo nella forma civile. Corte di Cassazione 23 luglio 1807.

344. *Secondamente :* un atto è nullo, s' è stato fatto da colui che non avea alcun potere per farlo ; *supra* n. 165 e seg. ; non è necessario che il legislatore abbia pronunciato la nullità, così è stato deciso, e noi dobbiamo aver per certo:

1°. Che un matrimonio che fosse stato celebrato da un uffiziale dello stato civile incompetente, sarebbe nullo, quantunque non siavi alcuna legge che pronunci questa nullità. Decisione di Cassazione del 2 dicembre 1807.

2°. Che un atto intimato da un usciere, fuori i limiti della sua giurisdizione, sarebbe nullo, quantunque non vi fosse una legge che prescrivesse questa nullità. Decisione della Corte di Agen, del 6 fabb. 1806 ; Sirey 1814. 2. 193

3°. Che la notifica di una sentenza contumaciale, fatta da un usciere non nominato nè con una sentenza, nè con un' ordinanza, è radicalmente nulla, quantunque la legge non pronunci questa nullità. Decisione della Corte di Agen, del 6 febb. 1806 ; Sirey, 1814. 2, 193.

Avremmo voluto che il legislatore avesse annullato la notificazione di una sentenza contumaciale, quando l' usciere

(1) I principii del nostro A. sono verissimi, e la teorica dell arresto del 15 piovoso anno XI merita d' essere accettata, meno quando vi fosse stato piato o interpetrazione nel qual caso convien fare uso de' gravami legali. altrimenti si potrebbe facilmente violare il principio della forza de' giudicati, ed aprir la via ad una duplicazione di litigi. Devesi in somma evitare il *bis in idem*.

delegato fosse stato quello stesso che avea fatto i primi atti. In fatti, è chiaro che se il legislatore ha voluto che ogni sentenza contumaciale fosse notificata da un usciere specialmente destinato, ciò è stato pel motivo che, sia in ragione della collusione dell' usciere coll' attore, sia per altra causa, il convenuto può non aver ricevuto la copia, ed è necessario l' accertarsi ch' esso possa aver conoscenza della sentenza contumaciale. Or, qual guarentigia promette alla giustizia la commissione data all' usciere che ha fatto i primi atti? Come può supporsi che s' egli è stato talmente corrotto da non aver intimato la prima citazione, sarebbe più diligente a notificare la sentenza? E non dovrà temersi che avendo incominciata la frode, vorrà finirla?

La commissione data in siffatto caso ad un usciere, ci pare una gravissima inconseguenza; essa è in opposizione co' motivi della legge; essa sopprime in tutto la guarentigia che il legislatore avova voluto accordare ad un convenuto condannato in contumacia, e noi stentiamo a comprendere come in pratica siasi potuto introdurre un abuso tanto pericoloso—Possano i magistrati reprimerne le funeste conseguenze!

Questo consiglio non può esser mai pernicioso; alla volta può esser utile.

Dobbiam far osservare, per riguardo alla sentenza della Corte di Agen, sopra citata, che essa ha pronunciato la nullità, poggiandosi sul principio che la mancanza di commissione, all' usciere, fa sì che la giustizia non poss' avere una sicura guarentigia che la sentenza contumaciale sia stata notificata; quindi questa nullità sarebbe senza reclamo, e sarebbe per questo stesso non accolta, quante volte la parte condannata riconosca aver ricevuto la copia. Decisione di Cassazione, del 17 dic. 1813; Sirey, 1814, p. 137.

4°. Che la mancanza di potere in un giudice che avesse avuto parte in una sentenza, induce nullità, quantunque la legge non l' abbia formalmente pronunciata. Decisione di Cassazione, del 4 Giugno 1822; Sirey, 1822, p. 254 e 274.

5°. Che una sentenza arbitramentale può impugnarsi per via di nullità, s' è stata pronunciata fuori de' termini del compromesso (art. 1028-1104 Procedura civile), quantunque le parti avessero qualificato gli arbitri come amichevoli mediatori, e gli abbiano dispensati da qualunque formalità, o che abbiano rinunciato all' appello, al ricorso in Cassazione, e dichiarato che la decisione sarebbe tenuta come una transazione sottoscritta da esse: non vi sarebbe verun fondamento a voler pretendere che una convenzione amichevole sia una transazione, che perciò non potrebbe

essere impugnata se non nel modo stesso che s' impugnano le transazioni. Decisione di Cassazione, del 23 Giugno 1819 Dalloz, t. 2. p. 464; Sirey 1820, p. 35.

345. Le conseguenze che noi abbiamo tratto della regola 3 sopra detta, sono tanto importanti, o possiam dire, tanto assolute, che tutte le formalità richieste dal legislatore, come le condizioni de' poteri del tribunale, del giudice, dell' ufiziale, o come la pruova che l'atto è stato fatto o intimato da un uficiale avente qualità sufficiente, non possono esser supplito, e la loro omissione produce la nullità degli atti fatti in onta di queste formalità, quantunque la legge non l' abbia formalmente pronunciata. V. la decisione del 4 dic. 1818; Sirey, 1819, p. 177, supra n. 170

346. *Terzamente.* Qualunque convenzione o atto che contenesse una derogazione alle leggi che regolano lo stato delle persone, son nulli di pieno dritto, quali contrarii all' ordine pubblico. 6-7, 900-816, 1133-1087; non che 1004-1080, Procedura civile.

Lo stato delle persone consiste nella loro condizione sociale; esse sono figli legittimi, o figli naturali, figli adulterini incestuosi o sacrileghi; esse sono minori, o maggiori, interdette o non interdette; maritate o non maritate, nazionali o straniere.

Lo stato delle persone è inerente all' ordine pubblico; la legge non può permettere che si faccia il sacrificio de' dritti che lo costituiscono; e tutto ciò che si fa direttamente o indirettamente in onta di questi diritti, è nullo.

Si debbon dunque dichiarare radicalmente nulli:

1°. L'atto col quale un individuo si fosse sottoposto alla schiavitù, o anche l' atto che tendesse solamente ad imporgli una servitù perpetua verso qualcheduno. Art. 686-607; *Libertas omnibus rebus favorabilior est.*

2°. L' atto mediante il quale un individuo si fosse obbligato a non esercitare i suoi diritti politici; od anche l'atto col quale ha venduto il suo voto in un'elezione.

3°. La convenzione con la quale un individuo avesse consentito sottoporsi all' interdizione.

4°. La stipulazione volontaria di due conjugi per esser divisi di corpo e di beni Art. 370 (1).

5°. La rinuncia che facesse un padre all' autorità che la legge gli accorda su' figli

(1) Questa stipulazione fra noi non è efficace senza l' omologazione del del tribunale.

6°. La convenzione con la quale un individuo consentisse ad assumere uno stato, una qualità, che lo farebbero divenire incapace, come se, per esempio, consentisse a riconoscersi adulterino di qualcheduno,

7°. La convenzione con la quale un marito rinunciasse alla potestà maritale. Si reputa costituire una rinuncia di tal genere, ed annullata per questo motivo, qualunque facoltà generale data dal marito a sua moglie, supra 68.

Una tale facoltà val solamente per l'amministrazione de' beni della moglie. Ma è sufficiente perchè essa possa riscuotere tutti i suoi capitali e rilasciar ricevute, cedere od accettare la cessione di credito, ec. ec.?

È questa una quistione alquanto scabrosa. In generale la riscossione de'crediti si considera come un atto di amministrazione; il padre amministratore de' beni de' figli, il tutore amministratore de' beni de' pupilli, non hanno il potere di alienare, ed intanto hanno qualità per litigare per la riscossione de' crediti, e rilasciar ricevute. Il curatore amministratore di una eredità vacante ha lo stesso dritto. Perchè non dovrebbe averlo anche la moglie?

Questo sembrerà strano, e pure questo ci sembra dubbioso. Era necessario nel caso della minorità, e della eredità vacante, di concedere a qualcheduno il potere di riscuotere i crediti, e rilasciare ricevuta; trattandosi di un minore o di un assente, la mancanza di qualità per litigare per la riscossione di un credito, poteva far che si perdesse, v'era d'uopo di un' attività ch'è quasi sempre necessaria per la conservazione del credito.

Ma relativamente alla donna maritata, non v'ha veruna ragione da svincolarla, in questo caso, dalla potestà maritale; ella può da per sè invigilare i suoi affari, ricevere da suo marito, o in mancanza, dalla giustizia, l'autorizzazione necessaria, e ci pare che non vi sia alcun motivo che per lei, il potere di amministrare comprenda il diritto esorbitante di alienare indirettamente un'intera proprietà mobile. Ci sembra all'opposto che la legge vi si opponga; essa vuole che la moglie non possa alienare i suoi beni senza la facoltà di suo marito, art. 227 216; essa vuole che questa facoltà non fosse data dal marito in un modo generale ed assoluto, art. 223-212, 1538. Dunque essa proibisce qualunque autorizzazione che, senza specialità, desse alla donna la facoltà indiretta *d'alienare* tutta la sua proprietà mobile. Dunque essa non può volere che nel diritto d'amministrare si trovasse compreso il potere di riscuotere i

capitali dalla donna, di cederli. Che se si volesse diversamente intenderla, la legge sarebbe elusa, e la potestà maritale distrutta in una infinità di circostanze.

Cerchino i notaj di ben comprendere questi dubbii che abbiam loro esposti; noi siamo convinti che la quistione anzidetta è una delle più gravi nell' esercizio della loro professione, e che la prudenza deve indurli a non accettare la autorizzazioni, il risultamento delle quali sarebbe l'affrancare una donna dalla potestà maritale. Le circostanze nelle quali l' autorizzazione è stata data, e la forma di questa autorizzazione, possono aver molta influenza nel loro animo per sapere se possano o pur no scorgervi una contravvenzione agli art. 223-212 e 1538. Per poco che dubitassero, non debbono concedere alla moglie il potere di riscuotere i capitali; perciocchè, in più di un caso; riscuotere, vale alienare, ec. Ammettere un tal diritto nella donna maritata, è un violare la legge e compromettere la propria responsabilità.

347. 4ª *Regola.* Se, all' opposto, una legge riguarda principalmente i privati, l' inosservanza non mena alla nullità dell' atto o della convenzione fatti contro il suo volere, se non in quanto questa nullità sia stata formalmente scritta nella legge, o che, per conseguenza della contravvenzione, l' atto si trovi viziato nella sua essenza *Infra regola.* 8.

348. 5ª *Regola.* Quando il legislatore nega ad alcuno una qualità per agire, per esercitare un diritto, tutti gli atti fatti da quest' individuo spettanti all' esercizio di questo diritto, sono nulli, quantunque il legislatore non ne avesse formalmente pronunciata la nullità, art. 174-183, 175-184, 180, 182. Osservate nullameno che quando la qualità non è espressa in un atto, e che la legge non l'esigeva sotto pena di nullità, so succede che la parte che l' ha consentito non poteva farlo regolarmente in una qualità, mentre sotto un' altra qualità, poteva farlo validamente, si deve supporre che ella l' abbia fatto nella qualità che valida l' atto, e non in quella che il renderebbe nullo. Arg. dell' art. 1157-1110, non che una decisione di Cassazione, del 20 luglio 1814; Sirey, 1815, pag. 32.

349. 6ª *Regola.* Le condizioni richieste dalla legge come necessarie all'acquisto o alla conservazione di un diritto, debbono essere osservate sotto pena di nullità, siano qualunque l' espressioni usate dal legislatore Art. 135-141, 204-191, 892-812, 1311-1265, 1683-1529, ec, non che art. 48, 160-254, 162-256, 369-461, 453-517, Codice di procedura;

e decisione di Cassazione, del 18 giugno 1815; Sirey. 1815, p. 214. Decisione della Corte di Riom, del 26 maggio 1818; Dalloz, t. 24, p. 307; Sirey 1820, p. 6

Si ha come certo del pari che la legge non è mai comminatoria quando stabilisce un termine per intentare un azione, per acquistare, esercitare o conservare un diritto, e quantunque il legislatore non abbialo formalmente espresso, tuttavolta l'inazione o il silenzio durante il tempo determinato, eleva un fine di non ricevere, che annulla, nella sua essenza, l'atto fatto troppo tardi. Art. 1029-1105 Codice di procedura Argomento degli art. 957-882 1316-1270 — Per esempio, la mancanza d'atto di esecuzione di una sentenza di separazione di beni, nel termine di quindici giorni, trae seco la nullità di questa sentenza, art. 1444-1408 e *dell'istanza che l'ha preceduta*, decisione di Cassazione degli 11 giugno 1823, Dalloz, t. 19, p. 488; Sirey, 1823, p. 317.

Per esempio ancora, una decisione arbitramentale è nulla, s'è stata renduta dopo che sia spirato il termine convenuto dalle parti nel compromesso. Art. 1028-1104, Procedura civile.

350 All'opposto, la legge è quasi sempre comminatoria nella determinazione delle altre dilazioni, in generale tali sono, per esempio, le dilazioni di semplice istruzione art. 77-171, 78-172, 96-191, 97-192, 99-194, 103-198 198-292, 225-320, 307-401, 321-415, ec del Codice di procedura; tali sono ancora le dilazioni che i giudici accordano alle parti o agli altri, per fare certe date operazioni, o certe giustificazioni, senza aggiungere, *sotto pena di nullità o di perdita di dritto*, ec; tali sono le dilazioni accordate a notaj per far registrare i loro atti, ec ec.

351. 7ª *Regola*. In generale qualunque precetto a qualunque proibizione che sono fatti dal legislatore con la comminazione di una pena, ma non pena di nullità, per esempio, sotto pena di un'ammenda, *son presente* non autorizzare l'annullamento degli atti fatti in contravvenzione della legge; perciocchè non è verisimile che il legislatore abbia voluto che questa contravvenzione producesse ad un tempo due pena *Leg 44, ff de poenis*.

Ma osservate, che noi diamo questa regola solo come potendo dar luogo ad una presunzione, e non già come hanno fatto taluni autori, segnatamente Merlin, Repertorio, V Nullità, che han tenuto come certo che la comminazione di una pena escludeva qualunque idea della nullità dell'atto che produceva un altra pena Che anzi questa presunzione non

è tanto generale ed assoluta da non ammettere numerose eccezioni. E queste eccezioni hanno luogo soprattutto ne' casi, ne' quali secondo la seguente regola 8, si ha la pruova che il precetto o la proibizione sono inerenti alla sostanza dell' atto o della convenzione alla quali si riferiscono. Allora, si possono cumulare le due pene, la Corte di Cassazione ha giudicato con decisione de' 5 giugno 1823, Dalloz, t. 8, p. 11, Serey vol 23, p. 365, che la pena di un' ammenda di 500 franchi, pronunciata contro il cancelliere, ch' aveva omesso di sottoscrivere il processo verbale della Corte d' assise, poteva essere cumulata con la pena di nullità. — La leggo de 25 ventoso anno XI sul notariato, contiene molte disposizioni, la cui trasgressione, quantunque punita con un' ammenda, va anche soggetta alla pena di nullità.

352. 8ª *Regola*. Tutte le ingiunzioni, le proibizioni, le formalità, o condizioni che sono attenenti alla sostanza di un atto o di una convenzione, sono fatte o prescritte, sotto pena di nullità, quantunque il legislatore non abbia formalmente pronunciato questa pena. *Certum enim est corruere actum ex defectu formae substantialis et statutoriae*, leg. cum L. 1 §. si praetor ff. de transact.

Che so poi, la ingiunzione, la proibizione, la formalità, o la condiziune, non sono per loro natura, che accidentali, la loro inosservanza è una causa di nullità solo quando il legislatore l abbia prescritto.

353. La prima parte di questa regola pare che sia in opposizione con le disposizioni dell' art 1030-1106 del Codice di procedura, il quale vuole che, *non potrà dichiararsi nullo verun' atto di citazione od altro atto di procedura se la legge non ne pronuncia formalmente la nullità*; ma nullameno è vero che l' intenzione del legislatore, nel dettar questo articolo, non ha inteso punto contraddire la regola della quale abbiam fatto parola. Ed in prima, nè la ragione, nè la legge possono indurci a credere che il legislatore abbia voluto validare un atto viziato nella sua essenza, e che solo perciò non poteva conseguire il suo fine; e poi la giurisprudenza delle decisioni e degli scrittori è stata concorde su le modificazioni che riceveva in questo senso l' art. 1030-1106. Lepage, nelle sue Quistioni di dritto, p. 647, dice apertamente che questo articolo non può esser applicato nel caso che la citazione o l' atto di procedura, che si pretendesse nullo, fosse affetto di vizii che fossero di natura a distruggerlo nella sua sostanza. — Damiau Cronsilliac, Beriat de Saint-

Prix, Carré, son della stessa opinione; e possiamo dire, senza tema d'esserne smentiti, che la regola su citata s'è tenuta sempre come un fatto.

354. Ma che s' intende per formalità o condizioni essenziali o costitutive? che s' intende per formalità solamente accidentali?

Le condizioni o formalità essenziali sono quelle che danno l'*essere* ad un atto, ad una convenzione; sono quelle senza le quali un atto non può conseguire lo scopo pel quale è stato fatto.

Le formalità o condizioni accidentali sono quelle che sono solamente prescritte per render l'atto più sicuro e più autentico. Queste formalità e condizioni son richieste affinchè quest'atto giunga più esattamente al fine che il legislatore s'era proposto; ma la loro omissione non impedisce che la sua volontà sia adempiuta, *accidentia non mutare proprium rei formam plus quam manifestum est.* Julius Clarus, liber 4, § testamentum quaest. 18, n°, 17 addit.

355. Questa distinzione fra le condizioni e formalità essenziali e le formalità o condizioni solamente accidentali è, secondo noi, il mezzo più adeguato e nel tempo stesso più efficace per interpetrare la legge e valutare le conseguenze d'una infrazione delle sue disposizioni. Essa riduce la soluzione di qualunque quistione fondata su l'omissione di una formalità all'esame di questo fatto: L'atto prodotto innanzi alla giustizia ha ottenuto il suo scopo, non ostante l'omissione che contiene? quest'atto offre tutte le guarentigie che il legislatore volle ch'assicurasse allorchè ne determinò la forma?

Nel caso affermativo, non è conveniente e giusto di mantenere l'atto? non ci dice la ragione che quest'atto avendo adempiuto al suo fine in un modo sicuro, le omissioni che contiene sono accidentali e senza importanza, e producono solo una semplice imperfezione che bisogna bene avvertire a non confondere con la nullità? Deciderla altrimenti non sarebbe ammettere una nullità senza gravami ed un effetto senza causa? È evidente che sì; e noi verrem provandolo con alcuni esempi.

356. Primo esempio. I giureconsulti e le Corti del regno han deciso in modo assai contraddittorio le diverse quistioni che spettano alla forma de' giudicati, ed alle condizioni della loro validità; questa controversia nasce dal che quasi sempre si è trascurata la dottrina delle sostanziali e che il più delle volte non ci siamo fatti la dimanda: *Il giudicato, non ostante l'omissione che vi si trova, ha conseguito il suo fine?* Per risolvere i dubbi che posson

insorgere su questo punto, uopo è solo applicare la regola 8 su citata.

L' art. 141-233 Codice di procedura civile è del tenor seguente: « L' estensione della sentenza deve contenere il » nome e cognome de' giudici o del regio procuratore s' è » stato sentito, come anche il nome e cognome dei patro- » cinatori; il nome, e cognome e professione e domici- » lio delle parti, le loro conclusioni, l' esposizione somma- » ria de' punti di fatto e di dritto, i motivi che hanno de- » terminato il giudizio e la dispositiva. »

Si è dimandato se tutte questo formalità dovessero esse- re osservate sotto pena di nullità. Alcuni giureconsulti han- no sostenuto l' affermativa, in prima, sul fondamento che tut- te queste formalità erano essenziali perchè il giudicato conse- guisse il suo scopo, e poi, perchè l' espressioni dell' art. 141- 642, sono le stesse che quelle contenute nell' art. 15 del tit. 5 della legge del 24 agosto 1790, articolo che, secondo la leg- ge 4 germinale anno 11, doveva esser osservato sotto pena di nullità; decisione di Cassazione del 22 maggio 1816, Sirey, vol. 16, 1-280. — Quest' opinione è stata modificata; si è fatto osservare che l'art. 141-233 non contenendo la pe- na di nullità, era indispensabile aver ricorso all' interpreta- zione. Si è fatto notare che, se molte delle formalità e con- dizioni che vi son comprese erano essenziali per l' ordine pubblico, se n' erano delle altre la cui trasgressione non im- pediva che la sentenza potesse conseguire il suo fine. — Ab- biamo accuratamente studiate le opinioni degli autori e la giurisprudenza delle diverse Corti del regno, e dopo averle spiegate e modificato con l applicazione de' principi genera- li che regolano la materia della nullità, ne abbiamo tratto le seguenti conseguenze.

357. La sentenza può definirsi: la decisione di un tri- bunale competente e legalmente composto su d' una contro- versia o su d' una dimanda che gli è sottoposta — È un atto di autorità pubblica che regola i diritti di ciascheduna delle parti, e che, quando è pronunciato in ultima istanza o nelle forme legali, crea una presunzione di giustizia e di ve- rità, contro la quale non è ammessa veruna pruova: *res ju- dicata pro veritate habetur*, art. 1352-1306.

Ma quest autorità non è applicabile se non rispetto a ciò che ha formato l' oggetto del giudicato. Bisogna che la cosa di- mandata sia la stessa, che la dimanda sia poggiata su la medesima causa, che l' azione sia fra le medesime parti, o proposta da esse e contro di essa nelle medesima qualità,

art. 1351-1305. Nasce da ciò il bisogno d' inserire nella sentenza alcune delle formalità prescritte dall' art. 141-233, senza le quali è chiaro che non conseguirebbe il suo fine; così è assolutamente necessario, e sotto pena di nullità, che la sentenza contenga :

1°. L' indicazione perfetta delle parti fra le quali la sentenza ha avuto luogo. Egli è vero che la legge parla del loro nome e cognome, ma è evidente che non v' ha d' essenziale che l' indicazione, il rimanente non è voluto che per renderla più perfetta, e il fine della legge è conseguito, se le parti sono sufficientemente indicate;

2°. Le conclusioni delle parti; per potersi convincere che la sentenza vi si sia conformata, che i giudici abbiano fatto dritto a tutti i punti delle dimande, e che non gli hanno oltrepassati; sentenza della Corte di Tolosa, 24 gennajo 1825. Giuris. del 19°. s. 1825, 2, 414.

3°. L' esposizione del punto di fatto; quantunque questa enunciazione spetti alla parte 142-234 Procedura Civile, essa è nondimeno una parte essenziale della sentenza. Pure dobbiam dire che alcuna volta il fatto è di natura tanto semplice, che risulta sufficientemente dalle conclusioni delle parti e da' motivi della sentenza: quindi il fine della legge è sufficientemente adempiuto, se la sentenza enuncia il fatto in un modo qualunque; decisione di Cassazione del 23 aprile 1829. Giurisprud. del 19° secolo 1829, 1. 521.

4°. L' esposizione del punto di dritto, vale a dire, le quistioni che i giudici hanno inteso esaminare e decidere; è sufficiente che queste si rilevino senza equivoco della lettura della sentenza. La Corte di Cassazione maritamente ha giudicato, il 30 luglio 1816, Sirey, vol. 1817, p. 86, che una decisione poteva esser regolare quanto all' indicazione del punto di dritto, quantunque vi si fosse detto solamente: *v' ha luogo a terificare se il giudizio sul quale v' è appello sia giuridico.*

È evidente che se una sentenza fosse mancante d' una dell' enunciazioni suddette, non potrebbe conseguire il suo fine e aver l' autorità della cosa giudicata, perciocchè non sarebbe certo fra quali parti era intervenuto, su qual dimanda i giudici avevano da statuire, e qual era il punto di dritto ch' essi dovevano giudicare.

358. Una sentenza, abbiam noi detto, è un atto dell' autorità pubblica, quante volte per altro sia stata pronunciata da giudici competenti, e questa la conseguenza di quel che abbiamo detto, supra n°. 168 e 357, essa dove contenere

in sè stessa la pruova che i magistrati che l'hanno pronunciata ne avevano il potere, in tal modo deve sotto pena di nullità, contenere:

5ª. I nomi de' giudici che l'hanno pronunciata. Crediamo che non sia necessario di far conoscere nominatamente il regio procuratore che ha fatto la conclusione. Le funzioni del ministero pubblico essendo devolute in certo modo ad un essere morale, che si trova rappresentato da ciascun membro della procura, è sufficiente che la sentenza somministri la pruova che il regio procuratore sia intervenuto.

Dobbiamo aggiungere che se si trattasse di una causa nella quale le conclusioni del ministero pubblico erano indispensabili, come quando si tratta di un affare riguardante un minore, un interdetto, una donna maritata, la sentenza deve, sotto pena di nullità, esprimere le conclusioni del regio procuratore. Egli è parte nella lite, e le sue conclusioni debbono essere altrettanto manifeste, quanto quelle delle parti medesime. Decisione di Cassazione, 3 maggio 1811. — La semplice enunciazione dell' intervento del regio procuratore non basterebbe per provare ch' egli abbia parlato e fatto le sue conclusioni. Decisione di Cassazione del 16 luglio 1806.

359. Crediamo poi che una sentenza non dovesse esser nulla, pel motivo che non contenesse i nomi de' patrocinatori, quante volte non potesse mettersi in dubbio che ognuna delle parti ne aveva uno. Per esempio, se, essendevi stata costituzione di patrocinatore regolare, la sentenza dicesse che *le parti erano assistite da' loro rispettivi patrocinatori*, ec.

360. Da ultimo, è assolutamente necessario che la sentenza contenga:

6ª. I motivi che hanno determinato i magistrati; art. 7 della legge del 20 aprile 1810. Osservate anzi che una sentenza non è regolarmente motivata, se non quando vi si trova la ragione determinante di ciascun punto deciso. Invano dunque potrebbe considerarsi una petizione di principii come un motivo determinante. Se, per esempio, si trattasse di sapere se una formalità giudiziaria fosse stata osservata, non basterebbe che la sentenza dicesse: *Atteso che questa formalità è stata osservata*, o *atteso che la dimanda non è fatta in forme legale*. Vedansi le decisioni del 28 giugno 1829; Sirey, 1820, p. 72, o del 17 aprile 1822; Dalloz, t. 17, p. 254 e 258. — Non è assolutamente necessario d'inserire i motivi di una sentenza interlocutoria, che ordina, prima di decidere, una perizia; la natura di siffatta sentenza prova abbastanza che i giudici non sono sufficientemente istruiti del fatto, e questo è il motivo della loro sentenza.

7° La dispositiva della sentenza. — Questa è la più essenziale fra tutte le enunciazioni, perciocchè senza di essa non può esservi sentenza.

8°. La data del giorno nel quale la sentenza è stata fatta; l'art. 141-233, non ne parlo, ma è evidente che una sentenza senza data, sarebbe radicalmente nulla come viziata nella sua sostanza;

9°. In fine, nel caso in cui la legge comanda che una sentenza sia renduta sul rapporto di un giudice, la menzione di questo rapporto è un enunciazione essenziale; decisione di Cassazione del 4 frutt. anno XI; del 23 decem, 1809; Sirey, 1810, p. 138.

361. Tutte le sù esposte enunciazioni son richieste sotto pena di nullità, solo perchè esse sono necessarie per produrre l'effetto pel quale la sentenza è stata fatta. Del rimanente, non è assolutamente necessario ch'esse sieno esplicite; vi sono de' casi ne' quali sono supplita dagli equivalenti; così la Corte di Cassazione ha giudicato:

1°. Che una sentenza non possa dirsi nulla dal che non fossero in essa indicati i nomi de' giudici che hanno assistito all'udienza, nella quale ha avuto luogo la discussione, quando non si adduca la pruova ch' essi non sieno que' medesimi che hanno presa parte alla sentenza definitiva, e che, d altra parte, potrebbe inferirsi da quest'ultima sentenza un fatto contrario. Decisione di Cassazione del 4 maggio 1829.

2°. Che bastava che una sentenza indicasse il *primo presidente* fra il numero de' giudici che l' aveano pronunciata, e che questo magistrato avesso sottoscritto la sentenza, perchè il volere della legge fosse adempiuto, quantunque questa sentenza non esprimesse il nome del primo presidente. Decisione di Cassazione del 3 giugno 1829; Giuris. del 19° s, 1829, 1. 125.

3°. Che quando una dichiarazione di divisione fosse stata seguita da una prima sentenza che provegga al modo della divisione e di un'altra sentenza che pronunci su gli altri punti in quistione, bastava che fosse detto nella terza sentenza ch' era stata fatta dagli stessi giudici che aveano avuto parte alla dechiarazione di divisione, perchè non potesse essere annullata, pel motivo che non contenesse i nomi de' magistrati che vi hanno avuto parte. Corte di Cassazione, 19 maggio 1828. Giur. del 19° s. 1828, 1. 440 — Vedasi *infra*, cap. 7.

362. Secondo esempio. — L' art. 2148-2042 determi-

na la forma degli estratti d'iscrizione; esso non applica formalmente la pena di nullità all'omissione di alcune delle formalità che comprende; o pure è fuori dubbio che la più parte di questa formalità sono attenenti all'essenza dell'inscrizione ipotecaria, e che perciò la lore omissione induce *pena di nullità.*

Come prima fu pubblicato il Codice Civile si credè doversi mostrare severissimo su l'adempimento delle formalità ipotecarie, la menoma omissione era riguardata come una causa di nullità; ne risultò che i creditori dovettero sostenere rigorosissimi litigi per conservare il loro *grado d'ipoteca*, su beni de'lore debitori.

Di poi, si comprese quanto questo rigore fosse ingiusto e contrario a veri principii; si disse: qual è il fine degli estratti d'inscrizione, che perciò quali sono le formalità necessarie per ottenere questo fine? Si conobbe che la volontà del legislatore era stata quella di bandire le ipoteche occulte, di far conoscere a tutti gl'interessati i pesi che gravitavano su'beni di colui col quale avessero voluto contrattare, e di far conoscere in un modo preciso i beni sottoposti all'ipoteca. — Posto ciò, e stato riconosciuto che l'estratto d'iscrizione conseguiva perfettamente il suo scopo, se sufficientemente indicava:

1°. Qual era il creditore: poco importerebbe che fossevi errore su'cognomi, sul domicilio, se d'altra parte non potevasi equivocare su la designazione;

2°. L'elezione del domicilio, fatta dal creditore, in un luogo qualunque, del circondario dell'ufficio di conservazione;

3°. Qual era il debitore: poco importerebbe anche che vi fosse stata falsa designazione, se d'altre parte l'identità sia perfettamente stabilita dall'estratto;

4°. La data o la natura del titolo. — Molte volte è stato anche deciso che bastava che il titolo del credito e la sua data fossero indicate implicitamente da un'indicazione presupponente il titolo. Decisione di Cassazione del 2 agosto 1820; Dalloz t. 27, p. 325; Sirey, 1821, p. 35. In altri termini, che l'iscrizione non era nulla, se l'errore nella data o la natura del titolo era tale da non poterne risultare verun pregiudizio al creditore posteriore.

5°. Il totale del credito — Dobbiamo anche far osservare che l'inscrizione non sarebbe nulla, se vi fosse errore nell'enunciazione di questo capitale; se fosse più considerevole che nel titolo, i creditori posteriori avrebbero il

dritto di farlo ridurre. Se fosse minore, dovrebbe esser mantenuto a questa tassa; tanto peggio pel creditore che avesse fatto errore nella sua iscrizione. *Error semper nocet erranti.*

Quid juris, se il credito pel quale si vuol prendere iscrizione fosse indeterminato? il creditore deve valutarlo ad una somma fissa, art. 2148-2042 e decisione di Cassazione del 21 agosto 1821; Dalloz, t. 17, p. 207. Ma in questo caso il debitore può dimandare la riduzione dell'ipoteca, conformemente agli art. 2163-2057, 2164-2058.

6°. I beni sottoposti all'ipoteca, (salvo se si trattasse d'ipoteche legali e giudiziarie). L'indicazione de' beni è una delle condizioni più sostanziali dell'ipoteca, la legge non avendo sottoposta quest'indicazione a veruna formalità nè condizione particolare, ne risulta che l'iscrizione debb'esser convalidata, se i beni son talmente descritti da non poter equivocare su la lore situazione e su la lore natura.

363. Quando tutte queste condizioni si trovine in un estratto d'iscrizione, il fine della legge è adempiuto, e debbonsi riguardare come accidentali tutte le altre formalità o indicazioni che avevano per oggetto di rendere queste estratto più sicure e più esplicativo: ecco perchè la giurisprudenza ha sanzionato il principio, che l'errore, nell'adempimento di una formalità, era sempre accidentale, nè induceva la nullità dell'iscrizione ipotecaria, quante volte non aveva prodotto danno. Decisione di Cassazione del 17 agosto 1813 e 26 luglio 1825; Dalloz, t. 17, p. 323; Giuris, del 19 secolo 1826, t. 92, e generalmente, qualunque volta che il fine della legge è adempiuto, se non letteralmente, almeno virtualmente. Grenier, dell'Ipoteche, vol. 1, n. 70.

364. Terzo esempio. Gli art. 1-1 a 4-4 del Codice di procedura civile determinano la forma delle citazioni innanzi i giudici di pace, nè pronunciano la pena di nullità. Pure, è certo che avendo queste citazioni uno scopo, è necessario che questo scopo sia adempiuto. Quando dunque trattasi di sapere se una citazione debb'essere annullata o mantenuta, dobbiam ricordarci qual è il suo scopo, ciò ch essa devo contenere per potervi rinvenire le indicazioni che il legislatore ha creduto indispensabili di dare al convenuto. Or, facile n'è l'indagazione; qualunque citazione deve far conoscere alla parte citata, la persona che le fa la dimanda, l'oggetto di questa dimanda, il giudice che deve giudicarne,

il giorno, il luogo e l'ora della comparsa, la data della citazione, ec.

Se una citazione dà queste indicazioni è valida; le omissioni che spesso vi si trovano sono imperfezioni di verun valore, tostocchè non son d'ostacolo all'adempimento dell'intenzione del legislatore.

365. Basteranno questi tre esempii per far conoscere la differenza che v'ha fra le formalità e condizioni essenziali ad un atto, e le formalità solamente accidentali. Basteranno soprattutto, per far conoscere quanto nell'insieme l'intenzione della giurisprudenza penda per la validità degli atti. Che debbono in fatti investigare i magistrati incaricati di far eseguire le leggi? essi debbono in prima vedere se le parti abbiano ubbidito al legislatore in ciò ch'era essenziale, in ciò che si dovea riguardare come l'oggetto unico della sua volontà; val quanto dire se tutte le guarentigie sieno state conservate, se da un lato si fosse usata la frode, e se vi sia potuto essere errore dall'altro. Tosto che l'atto ch'è loro sottoposto prova sufficientemente che non v'è potuto essere verun pregiudizio, esso non può essere annullato, o poi sarebbe un'ingiustizia, sarebbe un effetto senza causa. Vedasi appresso cap. 7.

366. 9ª. *Regola.* L'errore in un'indicazione sostanziale non può essere assimilato alla mancanza dell'indicazione stessa; esso non è una causa della nullità dell'atto, qualora non fosse tanto grave da far sì che questo non possa conseguire il suo fine. Particolarmente un errore di un copista non è sufficiente a fare annullare un atto di procedura.

Questa regola è troppo giusta perchè possa andar soggetta a quistioni, e la giurisprudenza delle decisioni l'ha sovente confermata; noi ci limiteremo a riportare la specie seguente:

Un tal Dauxert era stato citato ad istanza del Sig. Lechevolier, al pagamento di due cambiali che gli erano state girate.

Nella copia della citazione, l'usciere avova malamente scritto il nome dell'istante: egli avea scritto *Lechalier*, in vece di *Leckevalier*. — Nullameno vi fu una sentenza contumaciale su questa citazione, che condannò Dauxort al pagamento delle due cambiali. In opposizione, Dauxert addusse la nullità della citazione, poggiandosi su l'art. 61-153 e 154 del Codice di procedura civile, che richiede, fra le altre indicazioni, che la citazione contenga il nome dell'attore. Sentenza che rigettò il motivo di nullità, perchè le copie de' titoli, messi a capo della citazione (le cambiali, le girate, il pro-

testo), facean sì che Dauxert non potova ignorare il vero nome di colui che lo citava.

Ricorso in Cassazione per violazione dell'art. 61-153 e 154 del Codice di procedura.

Decisione. — Attesocchè la sentenza impugnata riconosce e dichiara, secondo gli atti prodotti, ch'è stato per un errore del copista, che si è scritto nella citazione *Lechalier* invece di Lechevalier; che per ciò il tribunale ha potuto, senza violare veruna legge, decidere che il nome di *Lechevalier* era indicato ne' documenti trascritti in fronte della citazione in modo che il Sig. Dauxert potova ben conoscere il nome di colui che lo citava; Rigetta, ec. ec. Decisione del 23 aprile 1834.

367. Avremmo potuto indicare parecchie altre regole d'interpetrazione che si trovano negli scritti d'antichi autori; ma dopo averne esaminato la maggior parte ci siam convinti ch'erano più sottili che esatte, ne ora conveniente farne parola in quest'opera.

368. Quanto a quelle che abbiamo accennato ne' numeri precedenti, abbiam potuto di leggieri scorgerne la precisione e l'utilità. Certo esse non basteranno a sciogliere tutte le difficoltà che potessero occorrere, perciocchè comunque esatta possa essere una regola, pure va sempre soggetta a modificazioni; ma applicate con discernimento, dietro esame, posson agevolare, il più delle volte, il magistrato ed il giureconsulto nell'indagare la volontà del legislatore quante volte egli non l'abbia sufficientemente manifestata. Che se finalmente, insorgessero dubbii su l'intenzione della legge, ed il giudice non trovi nell'applicazione di questo regole i mezzi per determinarsi ad annullare o mantenere l'atto, ei deve preferire l'interpetrazione favorevole a l'atto.

In questo senso la giurisprudenza ha manifestato la sua opinione, o quest'opinione è tanto più autorevole quanto è il frutto dell'esperienza e di una lunga controversia. Chi non sa, in fatti, quanto, in origine, le Corti del regno e la stessa Corte di Cassazione si fossero mostrate severe in materia di nullità, con quanta facilità annullavano, per difetto di forme, i testamenti, gli estratti di iscrizione, gli atti di procedura. La menoma omissione era riputata sostanziale, o le liti di questo genere si moltiplicavano con una deplorabile facilità. Un siffatto abuso non poteva durar per lungo tempo, la giustizia dovea naturalmente trionfare delle sottigliezze scolastiche, che perciò essa ha messo in bando generalmente un sistema tanto contrario alle

sue vedute quanto favorevole agli avvocati di mala fede ; la Corti del regno non hanno voluto riconoscere nullità inutili, e adottando l' opinione degli antichi scrittori, hanno accolto qualunque interpetrazione favorevole agli atti. *Et haec quidem interpretatio per quam actus sustinetur, dicitur regina interpetrationum.*

369. Dopo aver così stabilite le regole generali dell'interpetrazioni delle leggi, che concernono la validità degli atti e delle convenzioni, abbiam creduto dovere esaminare, ne' quattro capitoli seguenti, alcune regole di eccezione ed importanti i cui effetti modificano qualche volta i principii generali sopra sviluppati.

CAPITOLO IV.

DELL' ERRORE COMUNE.

370. Sta per massima in tutto le leggi, che tutto ciò ch' è fatto di buona fede o sul fondamento di un errore pubblico, ha la medesima forza come se la stessa verità e la regola ne fossero il principio ; e ciò per non mettere in soqquadro il più delle famiglie, il cui stato e la cui proprietà potrebbero esser distrutte ; Chochin , tom. 3 , consult. 52. È il caso della massima : *Error communis facit jus.*

371. Questa massima che ha per fondamento l' ordine pubblico , fu sanzionata dalle leggi romane , segnatamente dalla legge 3 , ff. de offic. praetor. Questa legge suppone che uno schiavo fuggitivo giunga ad essere pretore, dietro l' errore generalmente invalso su la sua qualità , e convalida gli atti da lui fatti : *Quid dicemus ? quae edixit quae decrevit , nullius fore momenti ? on fore propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt vel lege , vel quo alio jure ? et verius puto nihil eorum reprobari : hoc enim humanius est.*

372. Esse è stata ugualmente riconosciuta vera e d'ordine pubblico dall'antica giurisprudenza francese ; vedasi Henrys , vol. 1, 2 , cap. 4 e 8 — Decisioni del parlamento di Parigi del 14 ottobre 1593 , 1604 e 1608 , riportato da Louet e il suo commentatore Brodeau — Leprêtre, Cent. 4 , cap. 4 — Decisioni del Parlamento di Tolosa , riportate da Catalan.

373. Da ultimo essa è stata ammessa dalla nuova giurisprudenza : un parere del Consiglio di Stato , in data del 2 giugno 1807 , la sanziona nel modo più ampio. Vi si legge: » che sempre ed in tutte le legislazioni , l' errore comune e

» la buona fede hanno avuto tanto di forza per rimuovere, » dagli atti ed anche da' giudicati, le irregolarità che le » parti non avevano potuto nè prevedere nè impedire. »

374. Quest' errore riguarda quasi sempre la qualità o la competenza di un ufficiale, la qualità civile di una parte contraente, o di un testimonio, in fine il vero senso di una disposizione legislativa. Esaminiamone i caratteri sotto questo triplice rapporto

375. *Primamente*: L' errore comune e la buona fede valgono a convalidare gli atti fatti da un ufficiale in cui generalmente si riconosceva un potere che non poteva essergli concesso, o una competenza che punto non aveva.

Per esempio: un individuo privato degli esercizii de' diritti civili, trova il modo di farsi nominare notajo, è ammesso al giuramento, e fa qualunque sorta di atto o di transazione Di poi, l' autorità, fatta consapevole della frode, interdice questo uomo sfrenato: sarà d' uopo, pronunciando la sua interdizione, annullare tutti gli atti *da lui* stipulati? Sarà d' uopo revocare in dubbio tutte le transazioni alle quali egli avrà conferita l' autenticità? Noi non temiamo dire che una decisione affermativa sarebbe un attentato all' ordine pubblico ed alla pace delle famiglie (1).

Per esempio ancora: un notajo stipula un atto fuori della sua residenza; generalmente si crede ch' egli abbia il diritto d' istrumentare ne' luoghi dove quest' atti sono stati stipulati. Sarà giusto e ragionevole annullare tutti questi atti quando si pronuncierà la sua incompetenza? Certo che no: l' errore comune, la buona fede, l' ordine pubblico, hanno sempre ostato ad una siffatta decisione.

Grenier la pensa diversamente; ecco quello ch' ei dice, nel suo Trattato delle donazioni, vol. 1, n. 57. « Una volta si » credeva generalmente secondo la massima: *Error communis facit jus*, che tutti gli atti, anche quelli di rigore, » come i testamenti, erano validi, quantunque fossero stati stipulati da un notajo fuori la sua giurisdizione, s' egli » aveva il possesso d' istrumentarvi come notajo, ec, ec. » Questa giurisprudenza, poteva allora esser giustificata » dall' esservi una vera confusione su la determinazione de' » circondarii ne quali un notajo doveva solamente istru-

(1) L' autore dice benissimo, ma l' esempio non ci sembra bene appropriato. L' errore nel caso proposto è meno nel pubblico che nell' autorità che gli ha conferito il notariato, e l' attentato di cui parla il Solon sarebbe flagrante soprattutto perchè del proprio errore e del rispetto ai suoi atti, se ne farebbe una colpa, il che è tanto assurdo quanto illegale.

» mentare. V'erano, egli è vero, de' regolamenti; ma mancavano non solo d'uniformità, che erano in generale malamente eseguiti. Il pubblico non dovea esser la vittima d'una incertezza e d'una confusione che il governo avea tollerato. Ma questa giurisprudenza non influisce punto sull'attuale legislazione. I circondarj de' notaj sono determinati in modo preciso, dall'art. 5, della legge relativa al notariato, e l'art. 6 dice, ch'è proibito ad ogni notajo d'istrumentare fuori la sua giurisdizione, sotto pena d'essar sospeso dalle sue funzioni per tre mesi, ed in caso di recidiva d'esser destituito, e sotto pena di tutti i danni ed interessi. Havvi dippiù; combinando questo articolo con l'art 68 della stessa legge, ne risulta che l'atto sarebbe nullo. »

Questo modo di ragionare non è adeguato. Certo, di presente si posson conoscere con maggior facilità le residenze de' notaj di quello lo fosse altre volte, e dobbiamo alla legge di ventoso delle nuove disposizioni, molto preferibili a quelle dell'antica giurisprudenza; ma non ne risulta perciò che su questo punto l'errore sia impossibile, e se l'errore è possibile, può divenire generale. Or, dal punto che ha preso questo carattere, l'errore convalida tutti gli atti rogati nella sua durata, e li copre, in certo modo, con l'egida della buona fede e dell'ordine pubblico. Stimiamo anche che l'argomento che Grenier trae dalla difficoltà d'ingannarsi, afforzi l'opinione contraria alla sua; perciocchè, se malgrado la facilità di conoscere i limiti, tutti generalmente si sono ingannati, quest'errore è semprepiù autorevole, e per ciò anche più rispettabile. Aggiungeremo da ultimo che quando s'è stabilita la massima: *Error communis facit jus*, non s'è esaminato se l'errore era stato più o meno facile, non s'è indagata la causa della falsa opinione sparsa, si è solamente voluto mantenere gli effetti di quest'errore, quante volte sia certo che abbia esistito. La regola anzidetta è stata sempre generale, ed in verun luogo delle nostre leggi si rinvengono delle disposizioni derogatorie. Grenier non adduce nulla che possa diminuirne l'autorità; essa dunque, come pel passato, poggia su l'ordine pubblico, e sul bisogno di non revocare in dubbio le transazioni fatte di buona fede e messe anche in esecuzione (1).

(1) Non per vana gloria di sedere in mezzo ai due grandi giureconsulti, sibbene per fare omaggio a quel che noi crediamo vero e giusto, notiamo in questo luogo, che l'error comune, allo stato presente della civiltà e della legislazione, ne pare se non impossibile, difficilissimo, per

376 Per gli stessi motivi si debbono anche validare la sentenza pronunciate da un individuo che fosse stato nominato giudice, mentre un vizio sconosciuto ne lo rendeva incapace, *leg. 3 ff. de offi. praet.*

377. È importante osservare che l'errore comune non convalida gli atti fatti nell'*esercizio di una funzione pubblica*, se non in quanto l'autore di quest'atti aveva un titolo apocioso, cioè a dire un titolo che poteva dare almeno le apparenze della sua qualità e della sua competenza » Così, dice Merlin, Repertorio di giurisprudenza, V. Testimone instrumentario (*Temoin instrumentaire*), §. 2, n. 3, 26°. » Che un intera città creda pure che una data persona che » esercita una carica pubblica ne sia legalmente investita; » se essa non è stata nominata dall'autorità competente, » nè il suo possesso, nè l'errore comune posson validare » gli atti ch'ella abbia fatto, nella sua qualità apocrifa. Solamente, se un individuo sia stato promosso dall'autorità » competente ad una carica, della quale un vizio sconosciuto lo rendeva incapace, l'errore comune, del quale il » suo titolo specioso sarà insiememente l'origine e la scusa, basterà per convalidare gli atti a'quali ha prestato il » suo ministero. »

Anche Henrion de Pansey, de Beni comunali, lib. 2, cap. 18, §. 12, p. 366 dice » Se vi fosse un uomo tanto » afrontato da usurpare l'esercizio del potere giudiziario, » inutilmente il pubblico ingannato riconoscerebbe in lui la » qualità di giudice, non vi sarebbe alcun rimedio per l'illegalità de suoi atti; anche l'esecuzione delle sue pretese » sentenze, fosse pur volontaria, non conferirebbe ad esse » l'autorità della cosa giudicata ed in qualunque tempo se » ne potrebbe dimandare l'annullamento ».

378. *Secondamente*: L'errore comune può riguardare le qualità civili, o la capacità d'un individuo — In questo caso, gli atti fatti da quest'individuo nella qualità che punto non aveva, o nella supposizione di una capacità della quale egli era privo, posson esser convalidati o considerati come fatti da una persona capace. questa è pure necessità d'ordine pubblico, e la legge 3, ff. *de Senatus-cons. Maced.* ci offre un esempio notevole di questa proposizione. — Essa dispone che questo Senatusconsulto, che rende il figlio di famiglia incapace di prendere in prestito, non abbia veruna forza

lo che conviene essere restio ad ammetterne l'esistenza. Inoltre non bisogna confondere l'errore volgare coll'error comune, ed evvi sempre error volgare quando non è comune all'autorità pubblica al tempo stesso

se il figlio passava per padre di famiglia, e pubblicamente agiva come tale: *Quia publice paterfamilias plurisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus-consultum.*

Si può ancora citare come esempio il caso quando un tutore o curatare, nominati in un modo illegale, fossero nullameno da tutti tenuti come aventi questa qualità in modo valido; è certo che essi hanno sito all' annullamento, qualità legittima per amministrare la persona ed i beni del minoro. L'orrore comune convalida tutti gli atti a' quali prendon parto, o che hanno consentiti ne' giusti limiti che la legge ha segnati al loro potere. La Corte di Cassazione ha fatto dippiù, essa ha convalidato gli atti fatti da un tutore la cui nomina era mal fatta, senza neppure brigarsi di sapera sa vi fosse stato errore comune Sirey 1806, p. 416 — e 1824, p. 251 (1).

Per esempio ancora: quand'una donna maritata è creduta celibe, e ch'ella ha in uso d'esercitare tutte le sue azioni, e di consentire tutti gli atti in questa qualità a senza permesso, o le circostanze cha han tenuto nascosto agli occhi del pubblico il suo vero stato sono di tal natura che l'erroro comune è scusabile, non cade dubbio che gli atti da lei sottoscritti siano validi, e che debbano esser mantenuti. Le persone che hanno contrattato seco lei non avendo avuto i mezzi d'informarsi del suo stato, e soprattutto avendo avuto delle ragioni di non crederla maritata, non posson di nulla accagionarsi, e l'errore, generalmente sparso nel paese, che questa donna non era maritata, supplisce il permesso dal marito, e fa che non si possano impugnare gli obblighi da lei contratti. — Argomento della legge *Barbarius Philip. ff. de offic. praetor.* — La Corte di Cassazione ha giudicato in siffatto modo nella specia seguente:

Il Sig. Sainson Taxis si maritò in Parigi nel 1777 con la vedova del Principe Beaufremont. Questo matrimonio fu fatto con le solennità necessario per non potersi dire clandestino, ma nonostante rimase nascosto al pubblico. La vedova del principe di Beaufremont conservò il suo nome, il suo grado, la sua superiorità. Il Sig. Sainson Taxis era come amico in casa di lei.

(1) L' esempio del tutore e curatare nominato in modo illegale non sta a proposito dell' errora comune, imperocchè la illegalità non equivale all' errora comune, nè la legge impone l' obbligo ad alcuno d' ingerirsi di tal irregolarità; i particolari debbono rispettare una nomina ch' essi non potevano impugnare, e fino a quando non venga impugnata.

Pure, comunque segreto, il matrimonio ha conforito al Sig. Sainson Taxis la facoltà di ereditare donativi considerevoli per parte della sua sposa, morta in nivoso dell'anno 8.

Dopo questo primo buon successo, il Sig. Sainson Taxis ha preteso che la sua qualità di marito avesse l'effetto di annullare gli atti di sua moglie a' quali ei non aveva dato il consenso; segnatamente alcune alienazioni fatte nell'anno III. — I compratori hanno risposto che non erano obbligati di riconoscere lo stato de' due conjugi, quand'essi avevano cercato farne un segreto pel pubblico. — In conseguenza la Corte di Besançon ha mantenuto queste vendite. — Il Sig. Sainson Taxis ricorse in Cassazione. — Decisione della Corte, su le conclusioni di Daniels, atteso che, secondo le circostanze particolari delle quali le appartiene esclusivamente valutare il merito, la Corte di appello ha deciso, nel fatto, che se il pubblico non conosceva il matrimonio dell'istante con la vedova Baufremont, questi doveva accagionar se stesso d'aver indotto il pubblico in un errore invincibile a questo riguardo, d'ondo segue che la decisione impugnata ha dovuto conchiuderne, come ha fatto, che gli atti da lei sottoscritti, nella sua detta qualità di vedova Baufremont, dovevano essere confermati, nonostante la mancanza per parte dell'istante, e che in conseguenza, questa decisione non ha violato veruna legge; Rigetta, 20 agosto 1806, Sirey, 9-1-43.

Dovrebbe dirsi altrettanto, quando una donna maritata e le persone che hanno secolei contrattato abbiano avuto giusti motivi di credere che il marito era morto, che in tal modo questa donna avesse capacità d'obbligarsi; come se, per esempio, fosse stato veduto fra' morti, dopo una battaglia, che la fama della sua morte si fosse generalmente sparsa, e che fosse rimasto parecchi anni senza comparire di nuovo. Non credo dubbio che gli atti che la donna ha fatti nell'intervallo, debbano esser mantenuti; l'errore comune, la giusta causa che v'avea dato origine e la buona fede bastano per dare alla donna una capacità, che realmente non aveva. Questa decisione era generalmente ammessa dagli antichi scrittori; vedasi segnatamente Cujacio o gli altri interpetri, *ad leg. Philip. ff. de off. praetor.* Essa non è contradetta da veruna delle disposizioni della nuova legge.

379. Secondo gli stessi principii e *a fortiori*, il testimone che pubblicamente si crede aver tutte le qualità pro-

scritto dall' art. 9 della legge del 25 ventoso anno XI, quantunque fosse privo d' una di esse, non annulla, con la sua firma, l' atto cui ha avuto parte, se però generalmente è tenuto come capace, o se, per l' effetto d' un errore comune, è ammesso a fare qualunque sorta di atto, e sottoscriverlo in qualità di testimonio. Un uomo, per esempio, può esser stato privato de' suoi dritti civili, per effetto di una sentenza pronunciata contr'o di lui; egli va via dal suo paese e si stabilisce in una provincia lontana dove non è conosciuto; quivi, esercita i suoi dritti civili in tutta la loro integrità, ed è ammesso come testimonio negli atti. Non v' ha dubbio che l' errore comune che ha luogo a suo riguardo, e la buona fede di coloro che l' adoperano, non diano alla sua firma ed alla sua testimonianza la stessa autorità come s' egli realmente avesse goduto di tutti i diritti civili.

Alcuni autori ammettendo che questa opinione era vera in tesi generale, han preteso che non dovea essere ammessa ne' testamenti; essi hanno sostenuto che questi atti essendo solenni, che per ciò anche posti molto al disopra degli atti ordinarii, venivano ad essere viziati nella loro forma costitutiva, ed erano anche per questo nulli, se fra' testimonii, ve ne fosse stato alcuno che avesse solo una capacità putativa: alcune decisioni hanno anche adottata questa opinione.

Nullameno è prevalsa l' opinione contraria. Qual può esser la ragione di distinguere il testimone che sottoscrive un testamento da quello che sottoscrive un atto ordinario? Perchè la buona fede e l' errore comune che valgono ad abilitare il testimonio che sottoscrive gli atti di quest' ultima specie, non varrebbero a dare la medesima capacità al medesimo testimonio che sottoscrive un atto della prima specie? Questa distinzione non è mai stata in giurisprudenza; veruna disposizione della legge l' autorizza; ed i principii della giustizia che debbon sempre prevalere nella soluzione delle quistioni incerte, vogliono che il testamento goda dello stesso beneficio che gli altri atti. — Così la pensavano gli antichi giureconsulti ch' erano molto più di noi rigorosi su la forma del testamento. Ecco ciò che dice segnatamente Giulio Claro, §. testament. quaest. 55, n. 10, « *In hoc etiam proposito nota unum, quod superioribus diebus contingit in practica, quod si aliquis alius inhabilis adhibeatur in testamento, puta, quia sit infamis vel servus, qui tamen non reputabatur communi opinione pro servo, neque pro infami, valet testamentum* »

Questa opinione è sanzionata dalla giurisprudenza.

Nel 1811 il sig. Facker fece un testamento col quale lasciò un ragguardevole legato ad uno de' suoi fratelli. — Essendo morto il testatore, gli altri suoi fratelli e i suoi nipoti dimandarono la nullità del testamento, pel motivo che uno de' testimonii instrumentarii, Giuseppe Isselé ora originario di Baden, e non era stato naturalizzato Francese: ciò che costituiva un' incapacità che dovea menare alla nullità del testamento, a' termini dell' art. 980-906.

Sentenza del tribunale civile di Schelestad, che dichiara il testamento valido, a motivo che il testimone Giuseppe Isselé era stato sempre tenuto come Francese.

Appello per parte degli eredi legittimi. Sentenza interlocutoria che ordina una pruova ? per verificare da quanto tempo Giuseppe Isselé dimorava in Francia.

Il 13 luglio, sentenza diffinitiva della Corte reale di Colmar che conferma la sentenza in prima istanza. Atteso che in fatto, risulta dalla pruova che Giuseppe Isselé, uno de' testimonii del testamento impugnato, è venuto in Francia nel 1785 per esercitarvi il suo mestiere di carradore, che dopo è rimasto, senza interruzione, nella provincia di Alsazia; cha già prima della rivoluzione ha lavorato nel comune, dove poi s' è maritato; che ha votato, come cittadino francese, nelle primarie assemblee; ch' è stato incorporato nella guardia nazionale; in fine ch' è stato assimilato a' cittadini francesi, partecipando a' benefici ed alle cariche dopo che le leggi ne hanno accordato il privilegio agli stranieri che hanno manifestato il desiderio di stabilirsi in Francia, e che dopo, egli stato sempre considerato ed ha pagato le imposte come Francese, dai quali fatti risultano due conseguenze necessarie: la prima che l' intenzione costante Isselé è stata di divenire Francese; la seconda che l' opinione comune gli accordava questa qualità. Attesochè, in secondo luogo ed in diritto, bastava che Isselé fosse stato domiciliato duranto un anno in Francia, dopo la sua maggiorità, poichè l' art. 4 dell' atto costituzionale del 1793 conferiva il titolo di cittadino Francese a qualunque straniero dell' età di anni 21 compiuti, domiciliato in Francia da un anno.

Ricorso in Cassazione per parte dagli eredi Facker per falsa applicazione dell' art 4 dell' atto del 1793. Gli attori hanno esposto cha quest' atto non era stato promulgato.

Decisione della Corte: atteso che la sentenza impugnata pruova col fatto che Giuseppe Isselé, domiciliato in Fran-

cia nel 1785, vi si è maritato, ha votato come cittadino nelle primarie assemblee, è stato incorporato nella guardia nazionale, ed è stato sempre assimilato a' cittadini francesi partecipanti a' beneficî e cariche per questo titolo, e che *la comune opinione* gli accordava questa qualità; che a questo titolo e senza che faccia bisogno esaminare l' influenza dell' atto del 1793, allegato dalla sentenza impugnata, *il godimento costante della qualità di francese e l' opinione comune dichiarata costante bastano a giustificare l' ammissione del testimone Isselé, in qualità di testimone nell' atto del quale si tratta.* — Rigetta, ec.ec. — Sirey 22-1-1.

380. Finalmente questi principî sono stati adottati anche in materia criminale. Una tal Gomore, condannata a 20 anni di reclusione dal tribunale criminale della Marne, ricorse in Cassazione a motivo che il capo del giurì aveva fatto un fallimento, che perciò non potiva sostenere le funzioni di giurato. Il suo ricorso fu rigettato, non solo perchè il fatto del fallimento non era abbastanza provato, ma, dato pure che questo fatto fosse certo, essendo generalmente ignorato, la nullità che ne risultava era rimossa. « Considerando, dice la decisione, che il cittadino R. capo del giurì, è in possesso del suo stato di cittadino, perchè è stato messo e conservato nella lista dei giurati dall' autorità amministrativa, che questo possesso di stato è poggiato su la fede pubblica, e non permette di impugnare dopo il loro adempimento gli atti a' quali il giurato ha concorso — Questa decisione è del 17 nivoso anno X.

381. *Terzamente;* Da ultimo, l' errore commune può riguardare il senso di una legge. Per esempio: una legge è promulgata; le sue disposizioni non essendo abbastanza chiare, si dà loro generalmente una falsa applicazione. Le transazioni si fanno di buona fede nel senso di questa interpetrazione, non va guari che si moltiplicano talmente da far considerare come verità l' errore insensibilmente introdotto nella giurisprudenza. Non cade dubbio che sì per l' ordine pubblico sì per la sicurezza delle famiglie siffatte transazioni debbano essere mantenute.

In tal modo, per una falsa interpetrazione dell' art. 2148-2042 si credeva generalmente non esser necessario di menzionare negli estratti d' iscrizione l' epoca da potersi esigger il debito: il legislatore credè espediente di emanare una legge per determinare il vero senso del suddetto articolo: fu questa la legge del 14 settembre 1807, il cui scopo fu di accordare sei mesi di dilazione per rettificare gli estrat-

ti d' iscrizione che non contenessero quest' indicazione « nul-
» lamente, diceva l' oratore del governo, nell' esposizione
» de' motivi, l' errore comune, nel quale sieno incorsi gli
» agenti medesimi dell' amministrazione, abbisogna del soccor-
» so della pubblica potestà, a d' una dilazione per rettificare
» le iscrizioni difettose.

382. Conformemente agli stessi principii, la Corte di Cassazione ha giudicato, decisione del 13 germinale anno XII, Sirey, vol. 4, p. 677., che l' erede che aveva riconosciuto in un parente del defunto la qualità di poter succedere, non poteva disvolere questa ricognizione, col pretesto ch' essa nasceva da un errore risultante dalla falsa giurisprudenza del tempo.

383. I principii da noi esposti su l' errore di dritto, potrebbero sembrare in opposizione con quello che abbiam detto, *supra*, *n.* 196, che l' errore in dritto come l' errore in fatto era una giusta causa di nullità delle convenzioni, quando n' era stato il motivo determinante. Pure questa contraddizione non esiste; ciò che noi abbiam detto al *n.* suddetto si applica all' errore particolare, in ch' è caduto colui che ha contrattato; come l' errore non era invincibile, que' che ne profitta non ha verun titolo, veron motivo plausibile per conservare il guadagno fatto in pregiudizio di chi s' è ingannato; in vece che i principii de' quali trattiamo si applicano al caso nel quale l' errore è generale, che perciò considerato come invincibile. Quecho in questo caso, profitta dell' errore, vuol esser protetto non solo per la sua buona fede, quanto perchè l' azione diretta contro di lui verrebbe a ledere una massa d' interessi che sono il risultamento dell' errore comune e dell' opinione generale, mettendo a soqquadro tutte le famiglie.

384. L' errore comune produce sempre effetti contrarii al dritto rigoroso; esso è un eccezione delle regole ordinarie, che perciò deve solo ammettersi in qualche caso raro, quando motivi d' ordine pubblico vi ci costringano. Per la stessa ragione non si deve troppo facilmente ammetterne la pruova; è d' uopo ch' essa risulti da molti atti, da decisioni unanimi, e da un' opinione generale; è d' uopo che ognuno credendo lo stesso cosa su l' oggetto cui essa cade, l' errore possa considerarsi come invincibile. Il menomo dubbio deve determinare il giudice per l' applicazione pura e semplice della legge.

CAPITOLO V.

DELLA REGOLA ' *MULTA FIERI PROHIBENTUR QUAE SI FACTA FUERINT OBTINENT FIRMITATEM.*

385. Questa regola dev' esser sempre, pel giudice, una regola d'interpetrazione; in generale, egli non deve esaminare le conseguenze della volontà del legislatore, o quando essa è chiaro, egli non ha il dritto di giudicaro del suo merito, del danno o degl' inconvenienti che possono nascere nell' eseguirla; suo dovere è conformarvisi tale quale è, ed averla come sola guida nelle sue decisioni, *supra* n. 327; come puro non v' ha che il solo legislatore che possa rendera valido l' atto che avea su le prime, proibito come contrario all' ordine pubblico, e non v' ha ch' egli solo che possa dire: *Multa fieri prohibentur quae si facta fuerint obtinent firmitatem.*

386. Nullameno, questa dritto esclusivo che ha il legislatore di validare l' atto, che quando fu fatto, era contrario alla sua volontà, non l' esercita da per sè, ma l' ha delegato a' magistrati incaricati dell' applicazione della legge, egli ha loro permesso di servirsene come regola d' interpetrazione, e nel solo caso in che potrebbe cador dubbio su le sue espressioni.

Se dunque il legislatore, prescrivendo o proibendo una cosa, l' ha creduta tanto essenziale da dovere anticipatamente annullare l' atto fatto contro il suo volere, il giudice non può esimersi dal pronunciarne la nullità; « La legge ha parlato, diceva l' illustre cancelliere d' Aguessaau, la gloria del giudice sta nell' obbedirla; e' commetterebbe un eccesso di potere oltremodo riprovevole, se, col protesto che ripugna più all' ordine pubblico l' annullare l' atto che mantenerlo, negasse di applicare la pena di nullità, comminata dalla legge. Che se il giudice avesse tanto esteso potere, poche sarebbero le disposizioni annullanti de' nostri Codici che non potrebbero eludersi, sotto protesto che vi sarebbero degli inconvenienti nell' eseguirlo. »

387. I giudici dunque debbon usare la regola suddetta solo come una regola d' interpetrazione. Essa si riduce a ciò, che il silenzio in ch' è rimasto il legislatore su l' effetto di una contravvenzione ad una legge qualunque, unito alla circostanza che l' annullamento degli atti fatti contro la disposizione di questa legge, sarebbe più contrario all' ordine pubblico di quello potrebbe esserlo la loro esistenza, dove

far credere al giudice che il legislatore gli abbia rimasto l'incarico di validare l' atto (comunque assoluta sia stata la proibizione e la disposizione della legge cui s' è disubbidito), se in fatti le circostanze sono talmente mutate che sonovi delle gravi ragioni per pronunciare questa validità.

Raro volte è che questa regola possa applicarsi e noi crediamo che in generale sia stata fatta per gli atti di nascita, gli atti di morte ed i contratti matrimoniali ; così :

1°. Si ha per certo che comunque sieno essenziali le disposizioni della legge che determinano la forma e le condizioni degli atti di nascita e di morte de' cittadini , questi atti non debbano punto essere annullati, se, malgrado la loro irregolarità, il fine della legge si è adempiuto. Si comprende, in fatti, che trattandosi d' interessi tanto gravi, vi sarebbe sempre maggior inconveniente ad annullare, senza un forte motivo, un atto di nascita o un atto di morte, che a dichiararlo valido.

2°. Sta per principio che ogni volta che trattasi di un matrimonio fatto in contravvenzione alla legge, e che non v' è verun impedimento dirimente ed assoluto a questo matrimonio, sconverrebbe più l' annullarlo che riconoscerlo per valido : *Matrimonia*, diceva il cancelliere d' Aguesseau, *contrahenda prohibentur, contracta non dissolvuntur.*

Ci limiteremo ad addurre un esempio tolto dall art. 228-156. Quest' articolo proibisce alla donna di contrarre un nuovo matrimonio prima de' dieci mesi che debbono seguire lo scioglimento del matrimonio precedente. Questa proibizione è d'ordine pubblico; essa ha per fine impedire la confusione del parto : *confusionem partus*. Ma se non ostante questa proibizione, una vedova si rimaritasse prima di quest' epoca, e che un ufficiale dello stato civile fosse tanto debole da consentirvi ; questo secondo matrimonio dovrebbe essere annullato? Certo che no : perciocchè, sia qualunque l' inconvenienza di questo matrimonio, deve aversi nullameno per valido quand esso è consumato ; pensaria altrimenti sarebbe andare incontro a gravissime conseguenze; sarebbe colpire due conjugi che vivono nella pace domestica, i figli sempre innocenti ; sarebbe in fine fare all ordine pubblico un attentato più grave di quello che chiuder gli occhi su l' inosservanza dell' art. suddetto.

388. In questo ed in altri analoghi casi, si deve validare l' atto o il contratto ed applicare la regola : *Multa fieri prohibentur quae si facta fuerint obtinent firmitatem.* Lo stesso deve praticarsi ogni qualvolta sia evidente che sarebbe

maggior danno per l'ordine pubblico annullare che mantenere l'atto. E sarebbe certamente andar contro la ragione e la volontà del legislatore se si volesse fare un bene che produrrebbe notevolissimi mali.

CAPITOLO VI.

DELLA DISSUETUDINE.

389. Le leggi non sono sempre abrogate per volontà espressa del legislatore, esse posson esserlo ancora per dissuetudine, cioè, quando durante un lungo tempo, generalmente e tacitamente s'è convenuto più non osservarle. « È gran fortuna, diceva il pari di Francia Lanjuinais, che siavi nella natura delle cose, una forza conservatrice, che lotta di continuo, spesso con felice esito, contro le leggi viziose; la violenza può fermarne l'esecuzione parziale, temporanea, apparente, ma col tempo la ragione, la giustizia eterna, l'opinione, finiscono col distruggere leggi siffatte ec. »

390. Gli antichi giureconsulti non erano molto d'accordo su la quistione di sapere se le leggi potevano esser abrogate da un uso contrario, o in altri termini, s'erano suscettibili a cadere in dissuetudine. Le due contrarie opinioni pare che siano fondate su le disposizioni della legge romana, dalla quale abbiam creduto riportar le parole.

Si legge nel § 1°. della legge 32 ff, *de leg*, — Che le leggi possono essere abrogate, non solo dalla volontà del legislatore, ma anche dalla volontà del popolo: *Rectissime etiam illud receptum est leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem abrogentur.*

All'incontro, la legge 2. Cod. *tit quae sit longa consuetudo*, dispone che l'autorità della consuetudine e di un lungo uso, comunque di grande autorità, non potrebbe mai prevalere su la ragione e su la legge: *Consuetudinis ususque longaevi, non vilis autoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

391. Basta leggere queste due disposizioni per rimaner convinto ch'esse sono in una formale contraddizione; pure, i più accreditati scrittori cercano conciliarle, e noi stimiamo che Pothier siavi compiutamente riuscito. Egli dice: *Non potest consuetudo vincere rationem seu legem naturalem, quae natura sua immutabilis est. Nec etiam arbitrariam legem vincet nisi ita demum, si praesumi possit accessisse tacitus legislatoris*

consensus ita conciliatur haec lex in qua consuetudo dicitur legem vincere non posse, cum *lege* 32, § 1. *de legibus*, *in qua per disuetudinem abrogantur leges; scilicet suffragio legislatoris et tacito omnium consensu* — Vid. Pandect., lib. 1, tit. 3, sect. 2. num 3. a la nota.

392. Voet nelle Pandette, tit delle leggi, conciliava di un'altra maniera, le due leggi soddetto. Ecco come egli s'esprime o questo riguardo: « Tutto ciò che abbiamo detto su l'uso abrogatorio di una leggo anteriore, devo intendersi di un uso ragionevole stabilito *in uno stato democratico, dove il potere di fare la legge sta nelle mani del popolo*. Cho se apparisse che quest' uso fosse fondato, non su la ragione, ma su l'errore, siccome un siffatto uso non potrebbe aver forza di legge, nè estendersi a' casi simili, *leg.* 39, *ff. de leg.* non potrebbe del pari prevalere su la leggo, *leg.* 2 *Cod. quae sit longa consuetudo* ».

» Negli Stati monarchici, il popolo non potrebbe, per effetto di un uso contrario, comunque fosse di lungo data, distruggere una legge rivestita della sanzione del principe, salvo che ciò non apparisse dal tacito consenso o dalla volontà del principe, perciocchè il popolo avendogli trasferita l'autorità di fare leggi, e la ragione naturale volendo che quegli solo che ha il potere di legare possa sciogliere, o che quegli che ha la facultà di volero, abbia per conseguenza la facultà di non volere, *leg.* 4 *ff. de reg. juris*, come potrebbe essere che colui ch'è privo del dritto di far leggi, avesse intanto quello di avincolarsene non ostante la volontà del legislatore? »

Quest' opinione non fu approvata da' giurisconsulti, come l' attesta Merlin nel suo Repertorio, V°. Uso (*Usage*) § 2, n°. 3, poichè nelle monarchie, come negli Stati democratici, la legge è sempre l'espressione formale o presupposta della volontà generale; essa è l'espressione formale negli Stati ne' quali il popolo vota direttamente, ed è l'espressione presupposta negli Stati ne' quali è votata da' delegati elettivi o ereditarii del popolo. Così nell'uno come negli altri, propriamente parlando, è il popolo che fa la leggi, esso può dunque abrogarle negli uni come negli altri. Vedansi le *Massisme del dritto pubblico francese*, vol. 2. pag. 351 Cochin, vol. 3, consult. 52; e Merlin, loc. cit. e v°. *Appel*, sect. 1. § 5.

393 Le nostre nuove leggi in nulla si oppongono a principii così generalmente ammessi, e como altre volte, esse son suscettibili d'essere abrogate da un uso contrario. Dobbia-

mo anzi dira che se questa sorta di abrogazione è stata sempre considerata come fatta per la quietudine delle famiglie e l'ordine pubblico, ha dovuto acquistare maggior importanza nelle molteplici rivoluzioni che abbiam dovuto soffrire dopo l' 89. Ed in vero quante leggi fatte inconsideratamente e rinnegate dalla pubblica opinione! Quante leggi nate dalle vicende passaggiere che hanno avuto una vita sì breve, come la causa che le avea prodotte! e i nostri bollettini non soprabbondano di disposizioni legislative che son finite senza veruna abrogazione formale?

394. La giurisprudenza ha anche fermato in quanto a ciò gli antichi principii. Essa contiene moltissime decisioni fatte, sia per riconoscere il modo di abrogazione che forma il soggetto del presente capitolo, sia per determinarne la natura e le condizioni. Noi le abbiamo studiate e comparato, ed abbiam creduto rinvenire nelle loro diverse disposizioni la sanzione della regola seguente: *l' abrogazione di una legge per dissuetudine poggia, da uno parte sul concorso tacito e generale del popolo che nega di osservarle, e dall' altra, sulla volontà del legislatore e del autorità che tollerano questa non osservanza*. Or, perchè questa regola possa applicarsi, abbisogna:

395. 1°. Che i fatti su' quali si vuol far poggiare la dissuetudine, come avente abrogato la legge, sieno numerosi; sarebbe sragionevole che da alcuni atti o fatti isolati si volesse indurre un unanime consentimento, che forse anche, essendo in sì poco numero, potranno essere sconosciuti al pubblico.

396. 2°. Che sieno conformi; se nol fossero, proverebbero piuttosto una dissensione che un accordo unanime. La dissuetudine non sarebbe sufficientemente stabilita.

397. 3°. Che sieno pubblici. L' opinione pubblica non ha potuto formarsi sopra un fatte, una disposizione che fosse stata conosciuta solo da pochi abitanti; *Heinnecio*, *ad Pandectas*, lib. 1, tit. 4, § 104. Del rimanente, non è di un' assoluta necessità che sienvi state delle sentenze contradditorie. La dissuetudine può risultare dagli atti estragiudiziali, dalle transazioni ed atti in generali. *Voet ad Pand. de leg.*, n°. 30.

398. 4°. Che in certo modo, possano attribuirsi alla maggior parte degli abitanti: *Tacito omnium consensu*, ec. Che perciò fa d' uopo distinguere accuratamente la dissuetudine *generale* e la dissuetudine *locale*. Solo la prima può abrogare una legge generale; la seconda non è mai sufficiente

S'è ragionevolmente deciso, che nel distretto particolare dove una legge era caduta in dissuetudine, la sentenza che si conformasse a quest'uso, e violasse la legge, dovesse essere cassata. All'opposto, è stato deciso, che la sentenza che non si desse carico di quest'uso locale per conformarsi al testo della legge, dovesse esser mantenuta. Decisione di Cassazione, 9 e 12 vend. an. XI, 11 piov. an. X, 25 brum. anno VI; term. anno XII, e floreale anno XIII.

399. 5°. È necessario che gli atti o i fatti addotti per stabilire la dissuetudine sieno stati tacitamente approvati dall'autorità; perciocchè, se ella gli avesse condannati, se fossero anche di natura da poter supporre che il legislatore non potrebbe mai averli tollerati, la legge rimarrebbe in tutta la sua forza.

Quid, se la legge proibisse qualunque costumanza in contrario; per esempio, il legislatore avesse dichiarato che la legge fosse osservata non ostante qualunque uso che tendesse ad abrogarla? Dunod crede che in questo caso, essa sarebbe d'ostacolo che la consuetudine potesse nascere e prender piede. Noi crediamo altrimenti: certo, l'abrogazione sarebbe più difficile a succedere, vi abbisognerebbe un tempo maggiore e un maggior numero di atti contrarii; ma tostocchè questi atti si fossero accresciuti, che avessero luogo ogni giorno con i caratteri sopra esposti, abrogherebbero la legge, malgrado le proibizione contenute nelle sue disposizioni. Tale proibizione è, in certo modo, un eccesso nel mandato che il legislatore ha ricevuto dal popolo; egli aveva il potere di fare le leggi, ma non aveva il potere di farle eterne, ed il popolo ha sempre il dritto di non approvare una legge ingiusta o inutile, e d'abrogarla col disuso.

400. Non è sufficiente per une parte addurre la dissuetudine, bisogna che la provi. Questa pruova si faceva una volta per turbe, ogni turba era composta da dieci testimonii non sospetti, che nell'insieme formavano un parere, ed ogni pruova dovea esser composta almeno di due turbe. Questo modo fu soppresso dall'ordinanza del 1667; vi furono sostituiti gli atti di notorietà, che rilasciavano su dimanda i Parlamenti, e qualche volta anche i tribunali inferiori. Questa specie di certificati, emanati da una sola Corte sovrana, non potrebbero avere più lo stesso effetto ora, ch'è ammesso che la consuetudine locale non ha potere di abrogare una legge generale, *supra* n°. 398, quando non si volesse supporre una massa di certificati rilasciati

da tutte le Corti del regno, ciò che sarebbe estremamente difficile.

401. Le nostre leggi non parlano punto del genere di pruove che i tribunali debbono ammettere per stabilire la dissuetudine, ed anche per ciò, essi non hanno bisogno di ricorrere a' mezzi voluti dall' antica giurisprudenza; qualche decisione, l'opinione stessa degli autori possono determinare l'opinione de' giudici, basta che queste decisioni e queste opinioni sieno conformi.

402. Sin qui noi abbiamo supposto che la legge era abrogata dagli atti conformi e moltiplicati, e fatti in opposizione alle sue disposizioni; dobbiamo provedere il caso, nel quale questa legge essendo vecchia non fosse stata eseguita, senza che per altro l'uso avesse nulla stabilito in contrario o' suoi prescrivimenti o alle sue proibizioni.

Si teneva per l'addietro come certo che in quest' ipotesi la legge non era punto abrogata: *Cum de consuetudine civitatis, vel provinciae confidere quis videtur, primum illud explorandum arbitror an etiam contradictio aliquando judicio firmata sit*, leg. 34, ff. de leg. — D'Argentrée, Costo. di Bretagna, § 323, chios. 1, n°. 7.

Quest' opinione non ci sembra adeguata; noi non possiamo ideare un' abrogazione senza una specie d'opposizione emanata dal popolo. Vi bisogna un' usanza contraria, ed è solo negli atti e ne' fatti che la costituiscono, che sta quella protesta che può solo abrogare la legge. Nelle circostanze parziali il silenzio non ha veruna espressione e veruna forza, e la legge conserva tutta la sua autorità; la sola negazione di un fatto, diceva Voet nelle *Pand. de leg.* n°. 35, le dichiarazioni che facessero de' testimoni o degli autori asserendo di non aver mai veduto nè saputo che una data legge fosse stata osservata, non basterebbero punto per giustificare che la legge è caduta in dissuetudine. — E per rimuovere qualunque dubbio su questo punto, la legge del 21 sett. 1792 ordinò che le leggi non abrogate fossero provvisoriamente eseguite.

403. L'abrogazione, risultante da un' usanza contraria, non può mai torre autorità alle leggi che il legislatore non ha fatte. — È certo, per esempio, che le leggi naturali non possono cadere in dissuetudine. « Le leggi immutabili, dice Domat, Trattato delle leggi, cap. 11, si addimandano in tal modo, perchè esse sono naturali o talmente giuste, sempre e per ogni dove, che nissuna autorità può mutarle o abbolirle ». — È certo altresì che le leggi che fanno par-

te del diritto delle genti, non possono del pari essere abrogate da un' usanza contraria, queste leggi essendo comuni a tutte le nazioni, non può dipendere da una di esse di abrogare delle disposizioni che non sono state fatte da lei: *nihil enim tam naturale est, quam eodem genere quodque dissolvere, quo colligatum est*, *leg.* 35, ff de reg. juris.

Da ultimo, è ugualmente certo, che le leggi che costituiscono il diritto pubblico delle nazioni, non possono essere abrogate da un' usanza contraria. Queste leggi formano il nostro ordinamento sociale; non vi si potrebbe fare il menomo innovamento, senza mettere a soqquadro la nazione, spingendole alle scissure, e alle rivolte. « La costituzione, diceva Dupin nella sua replica per Pradt, son le colonne su le quali poggiano i governi; non si può scuoterle, senza che l'edificio intero traballi del pari ». — Chateaubriand avea manifestata la stessa idea in un modo tanto più notevole, quanto è stato compiutamente comprovato dall' ultime vicende: « La Carta, diceva egli, è più forte di noi: Chiunque vorrà distruggerla, rimarrà distrutto da lei ».

404. Mediante quest'eccezioni, tutte le leggi sono soggette a cadere in dissuetudine; d'Aguesseau, lett. 26 ott. 1736; ma soprattutto le leggi *di circostanza*, quelle delle quali Bacone ha detto ne' suoi aforismi: *Quae manifeste temporis leges fuere, atque ex occasionibus reipublicae tunc ingruescentibus natae.* Queste leggi sono tanto più facilmente abrogate, quanto nate da circostanze che durano poco, si reputano fatte solo pel tempo in che potranno esser necessarie; esse debbon finire come finiscono le circostanze che l'avean prodotte.

405. Quando una legge è caduta in dissuetudine, perde la forza e l'autorità, *Aristotele*, *lib.* 2, *cap.* 8 *de legibus*. Si ha come non fosse stata giammai fatta, *Mantica de amb. et tac. convent.* lib. 5. tit. 13, n°. 40 e 41. Quella parte delle sue disposizioni ch'è stata prescritta sotto pena di nullità, non induce più verun obbligo, come non ne induce la legge stessa; l'uso giustifica l'omissione delle formalità ch'essa richiedeva, ed è certissimo che non si può più trarre verun motivo d'annullamento da una legge ch'è stata tacitamente abrogata da un'usanza contraria; d'Aguesseau *loc. cit.*

406. L'uso, abbiamo noi detto, abroga la legge, ma non bisogna credere ch'esso possa acquistare l'autorità della legge, ed aggiungere ad essa, una o più disposizioni, che, per esempio, possa aggiungervi una pena di nullità che essa non conteneva e che non era nel suo spirito.

Una decisione ed una sentenza non potrebbero esser annullate, solo perchè fossero state fatte in opposizione ad un' usanza; e se, per un falsa interpetrazione e dietro un errore comune, fossero state ammesse simili nullità, ciò non legherebbe punto i tribunali; essi potrebbero giudicare in un senso opposto a' loro precedenti giudicati, che anzi sarebbero nell' obbligo di farlo, secondo quello che abbiamo detto al terzo capitolo, che non possono cioè pronunciare nullità, se non quando la legge ve li autorizzi.

CAPITOLO VII.

DELLE NULLITA' SENZA DIMANDA.

407. Essendo il principale scopo delle leggi l' ordine pubblico e la tutela degli interessi privati, le loro disposizioni non hanno e non posson avere veruna importanza, se non in quanto il trasgredirle può dar luogo ad un danno qualunque; quando non v' ha danno la contravvenzione è di niun valore, e sarebbe andare a traverso della volontà del legislatore o de' principii dell' equità, volendo far risultare da questa contravvenzione la nullità di un atto o d' una convenzione; quindi s' è sempre avuto come certo *non esservi nullità senza dimanda*.

Questa massima muove dal bisogno di proscrivere que' litigi scandalosi, co' quali un debitore moroso, un litigante di mala fede, nella lusinga di sottrarsi, almeno per qualche tempo, ad un' obbligazione che hanno legittimamente contratta, si querelano di un' omissione o d' una contravvenzione che per altro non hanno loro tolta veruna delle guarentigie che il legislatore aveva loro voluto dare, e che, in una parola, non hanno loro arrecato pregiudizio di sorta.

« Io ben non comprendo, diceva il cancelliere d' Agoesseau, vol. 3, p. 316, ciò che vogliate dire quando osservate che nel certificato del carceriere sul nominato . . non siasi fatta menzione della qualità, onde voi conchiudete che tutto il litigio è nullo, perchè il certificato del carceriere n' è la base ed il fondamento; bisognerebbe in prima sapere che cosa è questa qualità della quale s' è omesso far menzione; ed io non comprendo come quest' omissione qualunque sia, possa esser di una sì grande importanza *non essendovi errore e dubbio su la persona* ».

408. Essa era generalmente ammessa nell' antica giurisprudenza, nè v' è nelle nostre leggi alcuna disposizione da

farci supporre che non sia stata trasfusa nella legislazione moderna; la giurisprudenza della Corte di Cassazione e delle Corti reali l'hanno sanzionata in moltissime circostanze, e gli scrittori non vi han trovato nulla a ridire. Ecco alcuni esempii ne' quali questa regola riceve la sua applicazione.

409. L'art. 606-698 del Codice di procedura è così concepito: « Colui che pretende esse aver la proprietà delle cose pignorate potrà opporsi alla vendita, col mezzo di un atto notificato al custode e denunziato al pignorante ed al pignorato. L'atto deve contenere una formale domanda a citazione e debbonsi in esso specificare le pruove dalla reclamata proprietà, sotto pena di nullità. » Si suppone che nel citare il pignorante ed il pignorato, siasi solo notificata al custode l'opposizione alla vendita, senza citarlo a comparire in giudizio, questa omissione potrebbe produrre la nullità della procedura? Dalla generalità dell'espressioni delle quali ha fatto uso il legislatore nell'articolo su citato, parrebbe doverne risultare l'affermativa; pure s'è riflettuto che questa omissione non cagionava pregiudizio ad alcuno, e si crede generalmente che non debba produrre la nullità della rivindicazione, (Carré art. 608-698 del Codice di procedure).

410. Conformemente alla stessa regola s'è giudicato, che l'atto che non contenesse il nome dell'usciere, ma solamente la sua firma, non dovesse essere annullato, quantunque l'art. 61-153 e 154 del Codice di procedura prescriva quest'enunciazione sotto pena di nullità, perciocchè, dice la Corte di Tolosa, in una decisione degli 11 luglio 1821, se il legislatore ha voluto, con questa formalità, che la parte citata potesse, alla semplice lettura dell'atto, essere sicuramente qual era l'usciere intimatore dell'atto, per accertarsi se aveva il diritto d'esercitare le funzioni nella giurisdizione, la sua intenzione è adempiuta, quantunque l'usciere abbia omesso il suo nome dopo l'enunciazione della sua abitazione e della matricola, se per altro ha apposta la sua firma in piedi dell'atto.

La Corte di Cassazione è stata dello stesso parere; ecco in quale specie: un pignoramento d'immobili era stato fatto in virtù di una sentenza contraddittoria in ultima istanza: l'atto di sequestro non indicava la professione del pignorante, che perciò era nullo a termini degli articoli, 61-153 e 154, 675-760, 677-762, 717-801, del Codice di procedura civile. Essendo stata proposta questa nullità, i giudici non vollero ammetterla, pel motivo che la professione del pignorante non poteva essere ignota al pignorato, essendo stato con

lui in contraddizione, quando ebbe luogo la condanna, per effetto della quale si eseguiva il pignoramento degli immobili; che perciò la nullità era senza dimanda (giudicato del tribunale di Castres, del 23 ottobre 1811). la Corte di Tolosa pronunciò in grado di appello, il dì 23 dicembre 1811 una sentenza confermante questo giudicato. La Corte di Cassazione giudicò altrettanto il 19 agosto 1814. Dalloz, t. 24, p. 175. — Il pignorato avendo ricorso in Cassazione contro questa sentenza, il ricorso fu rigettato, a motivo che costava in fatto, che il pignorante era stato designato nel processo verbale del pignoramento nella stessa maniera che l'era stato in tutti gli atti di procedura fatti per ottenere le sentenze delle quale il pignoramento era l'esecuzione; in modo che l'istante aveva la più precisa conoscenza della persona del pignorante, ec.

411. S'è giudicato ugualmente che una citazione non dovesse dichiararsi nulla, pel solo motivo che l'usciere aveva omesso la data dell'anno, se d'altro lato le parte avesse potuto conoscere questa data, per mezzo degli atti notificati e dell'enunciazioni contenute nell'atto. — Decisione di Cassazione degli 8 nivoso anno XI; Dalloz, t. 14, p. 540; Sirey, vol. 3. p. 553.

412. Per la stessa ragione, la mancanza di data in un atto ordinario rogato da un notajo, non sarebbe una causa di nullità, se dalla data dell'atto che lo precede, per le data dell'atto che lo segue e per connessioni incontestabili, non potesse cadere dubbio veruno su questa data.

Vedasi una decisione della Corte di Cassazione del 22 febbrajo 1819; Dalloz, t. 14 p. 355; Sirey, 1819 p. 103, — Due sentenze delle Corte di Bourges; Sirey 1822, pag. 157.

413. La massima che non v'è nullità senza dimanda, ha per fine di respingere un'azione che muove da'cavilli o della perfidia; essa è la conseguenza della regola di giustizia, che non bisogna mai mostrarsi indulgente per le malizie degli uomini; *Malitiis hominum non est indulgendum*; ed è altresì una massima d'ordine pubblico. — Che per ciò si è giudicato:

1°. Che l'eccezione della mancanza di dimanda non preclude e si può essere ammesso ad opporle in qualunque stato della causa, anche in appello. Decisione di Cassazione, del 4 aprile 1810; Sircy, 1810, p. 2 18.

2°. Che quest'eccezione dev'essere proposta *ex officio* da' tribunali, quando le parti non la propongano, anche nel ca-

so della contumacia; dal pari che veruna considerazione non potrebbe indurre il giudice ad annullare una procedura o un atto a causa di un' omissione senza importanza, che non ha potuto essere di alcun pregiudizio alla parte che se ne querela.

414. Credevasi per l'addietro che la massima che non v'ha nullità senza dimanda non poteva opporsi a colui che, quantunque non ne avesse sofferto un pregiudizio particolare, proponeva una nullità pronunciata nell' interesse pubblico: si diceva che in siffatte materia, colui che dimandava la nullità aveva sempre un interesse sufficiente, come membro della società, a fare annullare un atto immorale, illecito, la cui esistenza tenderebbe mai sempre a compromettere la tranquillità della società stessa.

Queste opinione era giusta sotto la legislazione romana, non essendovi allora un corpo di magistratura, destinato ad esercitare le azioni che riguardano l'ordine pubblico; ogni cittadino aveva il diritto d'intentare le azioni di questo genere, azioni che per questo motivo la legge chiamava *popolari*, leg. 2, § 3 *de populi act.* — Ma ora, come sotto l'antica giurisprudenza francese, ciò non può aver più luogo: le azioni popolari più non esistono (Serres nell' ist:, pag. 378). Noi abbiamo de' magistrati appositamente destinati a far rispettare le leggi ed invigilare al mantenimento dell' ordine pubblico; depositarii de' reclami de' cittadini, solo pel loro mezzo essi possono denunciare alla giustizia l' esistenza di un atto contrario al buon ordine; se si rivolgessero direttamente a' tribunali, per dimandare la nullità di un tal atto, dovrebbero essere respinti pel solo motivo che la contravvenzione alla legge loro non arreca verun pregiudizio, o ch' essi non posson proporre una nullità senza dimanda. L' interesse della società esige doversi porre un ostacolo a quest' azioni odiose che, sotto il pretesto del bene pubblico, sono solo l' effetto della malvagità e dell' odio, e che moltiplicherebbonsi in ragione della maggiore facilità che vi fosse a proporle (1).

415. Finalmente, non si deve perder di vista che la regola, *che non v' è nullità senza dimanda* altro non è che una regola d' interpetrazione, e deve solamente applicarsi ne' casi ove può cadere dubbio su la volontà del legislatore. Se la legge è

(1) Quali sono i magistrati de' quali intende parlare il nostro autore? Secondo noi gli uffiziali della polizia giudiziaria, quelli addetti alla punizione de' reati. Il P. M. nelle materie civile non può far niente di più di quel che fanno i giudici *ex officio*, a meno che non trattasi di alcune particulari incumbenze. Ad ogni modo sarebbe desiderabile che l'A. si spiegasse nettamente.

chiara, precisa, senza equivoci, il giudice non può fare a meno di pronunziare la nullità, senza andar indagando il maggiore o minore interesse che le parti hanno a proporla, *supra*, n 327. Solamente in questo caso la massima suddetta deve fare ammettere gli equivalenti e le induzioni, *supra* n. 361 e 366.

CAPITOLO VIII.

PER QUALI VIE SI DEVE FAR DICHIARARE LA NULLITA'.

416. Quando un atto od una convenzione son nulli o posson essere annullati, la parte cui spetta il diritto di proporre la nullità, deve agire per via d'azione principale. Quest'azione è un'azione ordinaria, il cui esercizio dev'esser sottoposto alla forma e le dilazioni delle azioni in generale. — Questa parte può anche proporre la nullità per eccezione, qualunque volta si faccia istanza contro di lei in virtù di un atto nullo o da potersi annullare. — Ma è sempre necessario che ottenga un giudicato, perciocchè le nullità non producendo i loro effetti di pieno dritto (supra n. 16), gli atti si presumono validi sino a tanto che la nullità non nè sia stata dichiarata con un giudicato; decisione di Cassazione, del 27 agosto 1818; Sirey 1818, 1, 405. — V'ha solo eccezione quando la legge, che prescrive la nullità, aggiunge *non sarà necessario ch'essa sia pronunciata;* vedansi gli art. 366-458 a 192-678 Procedura civile; o anche quando un atto è talmente informe da non poter esser considerato se non come un semplice progetto; come se, per esempio, una parte opponesse un atto rogato da notajo, che non fosse sottoscritto nè dalle parti, nè dal notajo. Decisione del 6 maggio 1813.

417. In quanto a giudicati, essi non possono impugnarsi di nullità per via d'azione principale, nè per eccezione. La parte che vuole farli annullare, deve necessariamente ricorrere alle vie ordinarie che la legge prescrive per impugnarli, decisione di Cassazione del 7 ottobre 1812; e sta per massima che non si può altrimenti proporre la nullità de' giudicati, tosto che essendo spirato il termine stabilito per impugnarli, hanno acquistato l'autorità della cosa giudicata.

418. Le vie legali per fare annullare i giudicati sono: 1°. la semplice opposizione quando il giudicato è stato pronunciato in contumacia; 2°. l'appello; 3°. l'opposizione del terzo; 4°. il ricorso per ritrattazione di sentenza; 5°. la cas-

sazione. — Si possono aggiungere a questi mezzi diretti di far riformare un giudicato, l' azione civile contro i giudici e la disapprovazione del patrocinatore.

419. L' ordine delle giurisdizioni e stato volutato sul maggiore utile delle parti contendenti e su ragioni d' utile generale, di modo che non è permesso ad alcuno di non osservarlo, e di oltrepassare i diversi gradi do' quali si compone; è stabilito che non si possa far uso nel tempo stesso di più d uno do' mezzi so citati per fare ritrattare un giudicato, e che non si possa aver ricorso a quello che la legge indica in ultimo luogo, se non dopo aver successivamente adoprato tutti quelli ch' essa prescrive in prima.

420. Il Codice di procedura indicando esattamente i modi ordinarii e straordinarii per impugnare i giudicati, e facile far l' applicazione delle desposizioni ch' esso comprende a questo rigoardo. Nullameno, noi abbiamo stimato conveniente di dire una parola su duo circostanze importanti che spesso occorrono nella pratica.

421. Abbiamo detto che il ricorso per cassazione ed il ricorso per retrattazione di sentenza erano due modi che la legge dava per riformaro i giudicati. L' uno è l'altro han per oggetto di denunciare una contravvenzione alla legge; ma come non è lecito di adoprare l' uno o l' altro indistintamente, son insorti gravi dubbii su le loro applicazione. Vi sono state molte sentenze contradditorie, e solo da poco in qua la giurisprudenza è stata formata su questo punto. Essa ha sanzionato:

1°. Che la violazione delle forme prescritte sotto pena di nullità, quando provenga dal fatto de' giudici, dà luogo a cassaziono; decisione del 19 dicembre: 1813, Giuris. del 19°. s 1832, 1. 216.

2°. Che la violazione delle forme o nullità provenienti dal fatto delle parti, *quando esse sono state proposte*, dà ugualmente luogo a cassazione. Decisione del 19 luglio 1809 Sirey, vol. 14-1-160.

3°. In fine, che la violazione delle forme prescritte sotto pena di nullità non dà luogo a ricorso per ritrattazione, se non in quanto essa provenga dal fatto delle parti, e ch' esse non le abbiano proposte precedentemente alla prima sentenza. Argomento delle due decisioni sudette.

422. Abbiamo detto del pari che l' opposizione del terzo era un mezzo di fare annullare i giudicati. L' opposizione del terzo è una modo straordinario col quale s' impugna un giudicato pronunciato in un affare, che quand' ebbe luogo questo terzo non fu citato.

La necessità di non confondere i mezzi di ricorso che la legge dà per far riformare i giudicato o le decisioni, ha dato origine ad una quistione interessantissima, quella cioè di sapere se per rimuovere l'eccezione della cosa giudicata, tolta mal a proposito da un giudicato nel quale non s'è stato parte, sia assolutamente necessario di formare apposizione del terzo a questo giudicato?

La giurisprudenza delle decisioni e degli scrittori hanno adottato la negativa di questa quistione; nulla dunque fa ostacolo perchè quegli cui si oppone un giudicato nel quale non è stato parte, possa dire: — « Questo giudicato m'è estraneo, in quanto a me, egli è come se non esistesse. » — Questa decisione è la conseguenza dell'art. 1351-1305, il quale prescrive che l'autorità della cosa giudicata non ha luogo che per riguardo alle parti che vi hanno figurato. D'altra parte essa non è contradetta dall'art. 474-538 Codice di procedure, che dispone che un terzo *può* formare opposizione. In fatti quest'articolo stabilisce solo una facoltà della quale si può non far uso, ogni qualvolta s'abbia un mezzo più semplice e meno dispendioso; Decisioni di Cassazione, riportate nella Raccolta delle quistioni di dritto di Merlin, V° Cosa giudicata (*Chose jugée*), § 2. — Carrè, art. 474-538 — Beriat de Saint-Prix lo stesso art. Pigeau stima anzi che non vi sia luogo a ricorrere all'opposizione del terzo, quando il giudicato o la decisione fossero stato eseguite, poichè, dice egli si può ben comprendere un'opposizione a qualche cosa che s'abbia a fare, ma non si può comprendere un'opposizione ad una cosa già fatta. Questa distinzione non è in legge, pure ci sembra ragionevole, ed in ogni modo, ci fa supporre che quando s'è eseguito contro di me un giudicato, il quale fu pronunziato senza che fossi stato citato, io possa agire per azione diretta contro l'ingiusto detentore del mio avere, senza ch'ei possa pretendere ch'io agissi per via dell'opposizione del terzo.

423. Risulta da quello che abbiamo stabilito al n°. 418, che un tribunale non può giammai annullare il giudicato che ha emesso; in fatti non v'è regola più risaputa di quella che proibisce al giudice di riformar se stesso: *judex postea quam semel sententiam dixit judex esse desinit*, leg. 55 ff. de re judicata. Nullameno non s'intende violata questa regola dal che un tribunale avesse rettificato un giudicato giustamente pronunciato, ma che contenessa un'enunciazione erronea, e dalla quale risultasse una nullità; la parte interessata a fare avvertire quest'errore potrebbe agire direttamente innanzi al tribunale che l'avesse commesso, basta che

le cose fossero nel primo stato, vale a dire, ch' i giudici non abbiano perduto ogni potere mediante un appello. — Vedansi le decisioni riportate e indicate, Giuris. del 19° s. 1. 413. Arg. dell' art. 514-578 del Codice di procedura.

424. Nè v' è altrimenti violazione della regola suddetta pel solo motivo che i giudici avessero annullato una sentenza interlocutoria o di semplice istruzione per essi precedentemente pronunziata. Sta per massima che siffatte sentenze non leghino i giudici, e ch' essi possano tenerle in niun conto; per rapporto al loro annullamento, si possono applicare le regole che noi abbiamo stabilite per le sentenze definitive. Pothier ne dà la ragione nelle sue Pandette: *Has praecipua inter sententiam definitivam et interlocutoriam observanda est differentia: nimirum interlocutio est pronuntiatio judicis quod ad litis progressum spectat: quum igitur judex qui eum pronuntiavit, pergat esse judex, cum melius consultus mutare potest. Contra sententia difinitiva est ea, quae per condemnationem aut absolutionem causa finitur: unde quum ea judicis officium finiatur retractari ab eo non potest.* »

425. L' azione principale per nullità è ammessa contro i giudicati degli arbitri volontarj, artt. 1028-1104, Procedura civile — Può dirsi lo stesso nel caso che si trattasse di una sentenza arbitramentale forzata ?

Sì, se le parti hanno dato potere agli arbitri di giudicare come amichevoli mediatori, giudicando senza regole di dritto e di forma, e senza appello e cassazione. Decisione del 16 luglio 1817 e 6 aprile 1818, Dalloz, t. 2. p. 279.

No, se questo potere non sia stato dato. Decisioni di Cassazione del 26 maggio 1813 e 7 maggio 1828. — Dalloz, t. 2, p. 479; Giuris del 19° s. 1828 I. 300. Si legge nella prima di queste decisioni: « Atteso che gli arbitri hanno pronunciato su controversia relative ad una società di commercio, che da quel punto non potevano più esser considerati come arbitri volontarii, perciocchè non era in potere delle parti di esimersi della loro giurisdizione, che questi arbitri, come tutti coloro a quali s'è costretto ricorrere per legge, hanno il carattere di giudici, e danno alle loro decisioni renduta sia in prima, sia in ultima istanza, l'autorità di sentenza e decisione contro la quale la via di nullità non può essere ammessa ».

CAPITOLO IX.

QUALI SIANO QUELLI CHE HANNO QUALITA' PER PREVALERSI DELLA NULLITA'.

426. Abbiam veduto nel capitolo precedente, che non v'era nullità senza dimanda. I motivi di cotal regola ci conducono a questa conseguenza, che un individuo cui una convenzione non cagiona danno, non potrebbe essere ammesso a proporre nè opporre la nullità che ne risulta. — D'altra parte la nullità, secondo gli antichi interpetri, è un rimedio di dritto: *Rimedium juris*, che il legislatore dà a colui al quale la contravvenzione ha cagionato un danno. Accordando dunque questo rimedio a colui che nulla ha sofferto, sarebbe un abusarne, e trasgredire la volontà della legge.

Come pure deve ammettersi, che in *generale* qualunque individuo cui la violazione della legge ha recato pregiudizio, ha il diritto di richiamarsene; noi diciamo *in generale*, perchè succede spesso che colui che ha sofferto le conseguenze di una contravvenzione, e che perciò dovrebbe aver diritto a prevalersi della nullità congiunta a questa contravvenzione, non possa farlo per ragioni di ordine pubblico, o di convenienze sociali. Queste due proposizioni risultano dall'antica regola: *De nullitate dicere et excipere potest omnis qui ex ea senserit se gravatum quia est rimedium juris et solum quaerendum est quis ab ea prohibeatur.* Vantius de nullitatibus, cap. 3, numero 1°.

427. Questa regola merita tutta l'attenzione de' giureconsulti; essa è sorprendente per la precisione e per l'estensione delle sue conseguenze, nè si deve mai perder di vista nelle quistioni che posson aver relazione col presente capitolo. E ci sembra ch'essa giustifichi la presunzione ragionevole e legale, che *colui che ha sofferto un danno per l'inosservanza di una disposizione della legge, ha qualità per prevalersi della nullità che vi si trova congiunta.* Il giudice non deve indagare se il legislatore ha espressamente dato questo dritto a questa parte; egli deve solo vedere s'ha inteso privarnela; *Et solum quaerendum est quis ab eo prohibeatur.* Se quest'intenzione non è positiva, l'interesse della parte forma il suo diritto e la sua qualità, ed il giudice non può negarsi d'accogliere la sua dimanda: *De nullitade dicere et excipere potest omnis qui ex ea senserit se gravatum.*

428. Del resto quel che dà a questa presunzione un carattere di verità incontestabile, è quello che noi abbiamo

detto, supra n° 24, che il dritto esclusivo di proporre o opporre la nullità di un atto o di una convenzione, era un vero privilegio. Quando dunque il legislatore ha pronunciato una nullità, senza dire da chi essa potrà essere proposta o opposta, si reputa aver egli ammesso che qualunque interessato potesse aver questo diritto; il silenzio nel quale è rimasto escluda qualunque privilegio, perciocchè altra ineguaglianza non può esservi nella condizione e diritti dei cittadini oltre quella che la legge stessa crea in un modo sicuro.

429. Il giudice deve tanto più attenersi a questa regola, e deve evitare di riconoscere in una delle parti un dritto privilegiato, oltre i casi determinati dalla legge, in quanto la convenzione o l'atto che possono annullarsi nell'utile di una persona, non sono realmente nulli; relativamente alle altre parti ed agli altri interessati, essi sono validi e producono il loro effetto come se non contenessero nè ommissione, nè contravvenzione. In fatti noi abbiamo detto, *supra* n° 10, che quando un atto era nullo o poteva rescindersi in favore di una o più parti, dovea intendersi la nullità in questo senso, ch'essa era facultativa alla parte per la quale era stata fatta, e che dipendeva da lei che l'atto fosse annullato o mantenuto. *Quando actus nullus est favore intelligitur si ipse velit.*

430. Questa teoria servirà a risolvere moltissime quistioni importanti ed ancora controverse; saputa applicare, e da uomini prudenti, potrà servire a rendere più semplice la proposizione che noi abbiam messa a capo del presente capitolo, e dissiperà la maggior parte de' dubbii che rendono intralciata quella parte del nostro dritto che riguarda questa stessa proposizione. Ora noi stessi vorrem facendone l'applicazione a parecchie specie.

431. Le nullità d'ordine pubblico assoluto, abbiam noi detto, sono l'effetto della contravvenzione alle leggi che interessano la massa de' cittadini: or, come l'esercizio delle azioni che si legano ad un interesse tanto generale, è affidato a magistrati appositamente incaricati di ciò, per disposizione della legge, è evidente che un semplice privato sarebbe senza qualità per proporre una nullità di tal fatta.

Sarebbe diverso se l'atto nullo gli arrecasse pregiudizio. In questo caso egli potrebbe proporre la nullità, non perchè essa sia contraria all'ordine pubblico, ma solo perchè l'atto nullo gli farebbe soffrire un danno proprio; egli ne userebbe

come un rimedio al male che la contravvenzione gli avrebbe cagionato; decisione di Cassazione, del 17 maggio 1810, riportata da Merlin, nelle sue Quistioni di dritto V° Del pegno (*Nantissement*); vedasi soprattutto *infra* n° 481; ed in questo caso, il suo interesse formando la base della sua azione, il giudice potrebbe non ammetterlo solo quando il legislatore l'avesse proibito.

432. Quando trattasi di una nullità di forma e che sia il risultamento di un'omissione che colpisce di *non esse* l'atto nel quale si trova, quest'atto non esistendo punto, non può essere obbligatorio per alcuno. Tutti coloro che hanno interesse, hanno per ciò anche il diritto di opporre eccezione di nullità. Ciò ha luogo per esempio in tutti i contratti ed atti solenni.

433. In quanto a queste nullità non possono giammai esservi grandi difficoltà; i dubbii possono solo insorgere ne'casi ne'quali trattasi di una nullità relativa, vel quanto dire di una nullità che non è stata prescritta per tutti gl'interessati, e che, all'opposto delle nullità di *non esse* (che sono in certo modo la pena inflitta a coloro che trasgrediscono la legge), sono solamente considerate come un mezzo di riparare un danno sofferto. La difficoltà consiste precisamente a sapere quali sieno quelli che il legislatore ha avuto in mira, quali sieno quelli cui egli ha inteso accordare questa riparazione.

434. Vi sono moltissime disposizioni nelle quali il legislatore, nel creare una nullità, ne ha determinate l'applicazione e gli effetti per riguardo alle parti che hanno un interesse diverso. In questo caso la condotta del giudice è facile, egli deve osservare la legge. Per esempio, non v'ha difficoltà per decidere quali sieno le parti contraenti che hanno il diritto di prevalersi di una nullità risultante dall'incapacità de'minori, dell'interdetto, o della donna maritata; è certo che il legislatore avendo prescritta questa nullità solo in favore del minore, dell'interdetto, della donna maritata, e del marito, costoro solo abbiano qualità per farsi restituire contro i loro obblighi, o per farli annullare ne'casi preveduti dalla legge. Art. 225-214, 1124-1078, 1125-1079.

Questo diritto concesso dalla legge ad un incapace, è poggiato su forti motivi d'ordine pubblico; esso è sopremodo favorevole, e nissuno, anche quegli che ha trattato con loro d'affari, può ignorarsene. In fatti, trattando con minori, con interdetti, con donne maritate, ci esponiamo ad una con-

dizione resolutoria, che dipende unicamente dalla loro volontà, ci esponiamo ad un pregiudizio che deve risultare da questa risoluzione. Or, *volenti non fit injuria.*

Litigando con loro, abbiamo egualmente riconosciuta l'ineguaglianza delle condizioni; in fatti, dovevasi invigilare chè fossero osservate tutte le formalità e le condizioni necessarie per assicurare, in rapporto all'incapace, il compiuto effetto della sentenza che dovrà aver luogo; è una massima comunissima nel foro, che *ognuno è ammesso a dimandare che la causa sia messa in istato di decisione, ed esigere che la parte contraria prenda le misure necessarie, per curare in quanto a lei, la compiuta esecuzione della decisione* che sarà pronunziata; non facendolo, ci esponiamo volontariamente alla perdita che si soffre per effetto della nullità del giudicato rendute contro un incapace, che non era stato sufficientemente abilitato.

435. È ugualmente certo ora, che la nullità risultante dall'incapacità de' comuni, non è una nullità assoluta se non nel caso in che si trattasso dell'alienazione de' loro diritti sopra immobili; in tutti gli altri casi, essa è solo relativa è stabilita in lor favore: invano le parti capaci che han contrattato o litigato con essi vorrebbero prevalersi della nullità che la legge unisce e affatta incapacità.

Questa opinione è stata per molto tempo contrastata, la Corte di Cassazione stessa più di una volta avea giudicato che, secondo gli art. 54 e 56 della legge del 14 dicembre 1789, le leggi del 10 agosto 1791, e 24 aprile 1793, la nullità risultante dall'incapacità de' comuni era assoluta, e che poteva essere allegata anche dal privato che era rimasto perdente in una lite contro di essi, senza avere opposto la mancanza di autorizzazione (Decisione del 15 maggio 1810, Dalloz, t. 5, p. 15; Siroy vol. 11, p. 121).

Le decisioni della Corte di Cassazione dice Favard di Laogland, nel suo Repertorio di legislazione, V° Nullità, erano fondate sul motivo che l'incapacità de' comuni e litigare ed acquistare dominii nazionali senza autorizzazione, son d'ordine pubblico, e siccome non si può, con convenzioni particolari, derogare alle leggi spettanti e questa materia, non si potava nemmeno per l'adesione, la quale altro non è che una convenzione espressa o tacita; ma questa opinione che questo dotto magistrato sembra avere adottata, è proscritta dalla Corte di Cassazione stessa, che ha creduto convenevole e giusto di abbandonare la sua prima giurisprudenza; possiamo convincercene da' termini e le spe-

cie di due decisioni, una degli 8 maggio, l'altra del 22 maggio 1827; Giurisprudenza del 19° secolo 1827, 1, 405. Ecco la specie dell'ultima di queste decisioni.

Era stata comprata nell'anno IX una foresta da parecchi abitanti del comune di Durmenac; il comune pretese, in seguito, che questo acquisto era stato fatto per suo conto, ed in virtù del mandato che ne avea dato a' compratori; esso dimandò, in conseguenza, ed esser messo in possesso della foresta. I compratori, fra' quali era il Sig. Niefergold, si sono opposti a questa dimande, sostenendo, 1° che non v'era stato mandato per parte del comune; ch'esso non ne adduceva la pruova, e che d'altra parte, nel contratto di compra, i compratori aveano stipulato in nome proprio, e in niun modo a nome del comune; 2° che il comune non era stato autorizzato ad acquistare, e che questa mancanza di autorizzazione induceva nullità di tutti gli atti ne' quali esso aveva figurato per questo oggetto.

Sentenza dal tribunale, e il 29 giugno 1815, sentenza della corte di Colmar, che rigetta le due eccezioni proposta dal Sig. Niefergold e socii, ed accoglie le pretensioni del comune. La Corte considerò che le pruove dell'esistenza del mandato risultavano sufficientemente nella specie, dalla circostanze e dagli atti prodotti: in secondo luogo che la nullità per mancanza di autorizzazione, non poteva essere apposta al comune; che questa autorizzazione non era d'altra parte necessaria se non quando fosse stato deliberato su i diritti del comune, e che vi fosse luogo per esso di mettersi in possesso.

Ricorso in Cassazione per parte del Sig. Niefergold e compagni: 1°. Per violazione degli art. 1341-1295 e 1995-1867 su la pruova del mandato, 2° per violazione delle leggi del 20 agosto 1791, e 24 aprile 1793, relative all'autorizzazione de' comuni per acquistare.

» La Corte, sul primo e sul secondo mezzo, atteso che i principii che non permettono a' comuni di acquistare senza autorizzazione, sono solamente stabiliti in loro favore, perchè essi sono considerati come minori, ma che la nullità meramento relativa nella specie, non può esser opposta da coloro che han contrattato con essi, a in loro nome, rigetta, ec. ec.

436. La giurisprudenza va anche più oltre, o per viemaggiormente assicurare la regola che la nullità risultante dall'incapacità de' comuni, non può proporsi che dagli stessi comuni, ha sanzionato che i membri isolati di questo comune non

hanno qualità per prevalersi individualmente, *ut singuli* di questa nullità — Arg. di un arresto del Consiglio del 27 novembre 1814 — Decisione di Cassazione del 16 luglio 1822; Dalloz, t. 5, p. 9; Sirey 1823, p. 73. — Ed altre decisioni, riportate nel medesimo volume. Il sindaco (*maire*) solo e in sua mancanza l aggiunto possono aggire nell'interesse del comune. Leggo del 9 vendemmiale anno V, e 28 pluviale anno VII.

Se dunque un comunista che nella qualità di comunista ha goduto di un diritto di pascolo, di passaggio od altro su d'un fondo comunale, che fosse stato affittato in un modo irregolare, volesso prevalersi della nullità dell'atto di affitto per opporsi all'affittatore di mettersi in possesso, sarebbe senza qualità e senza azione.

438. Un altro esempio importante di nullità relativa, è tolto dall'art. 2148-2042. Quest'articolo determina la forma de' certificati d'iscrizione ipotecaria. Abbiam veduto, *supra*, 362, che parecchio dell'enunciazioni ch' essi debbono contenere sono inerenti alla loro essenza, vale a dire che sono indispensabili a ciò che conseguano il loro scopo. Or, questo scopo essendo solo di assicurare a' creditori un grado ipotecario, un privilegio su'creditori iscritti tardamente, e di avvertire i terzi compratori de'pesi che gravitano su gli immobili da essi acquistati, ne risulta ch' è solo in loro favore che il legislatore ha pronunziato la nullità delle iscrizioni irregolarmente prese. Il debitore che ha consentito l'ipoteca è senza qualità per prevalersi di una siffatta nullità, perciocchè, per lui essa è senza eccezione; essendosi obbligato personalmente su tutti i suoi beni mobili o immobili presenti e futuri (art. 2092-1962). Or, come questa obbligazione basta perchè il creditore possa fare espropriare i suoi beni, decisione di Cassazione del 27 giugno 1827; Ginrisprudenza del 19° s. 1827, 1 509; l'ipoteca e l' iscrizione non hanno punto un oggetto essenziale fra il creditore e il suo debitore, questi quantunque ottenesse l'annullamento dell'iscrizione non sarebbe meno obbligato su tutti i suoi beni presenti e futuri, onde segue ch'egli è senza qualità e senza interesse per proporla. — La mancanza d'interesse è una circostanza che deve far sempre rigettare una dimanda per nullità — Decisione di Cassazione degli 8 maggio 1827; Giurisprudenza del 19° s. 1828, 1, 495. *Supra*, n. 426.

439. Un altro esempio di nullità relativa, è tolto dall' art. 692-771 Codice di procedura, che annulla la vendita degl'immobili fatta dal sequestrato dopo il sequestro. S era

preteso che la nullità di una siffatta vendita era talmente assoluta o di ordine pubblico, che il debitore e il compratore stesso erano ammessi ad allegarla; questo sarebbe un andar troppo oltre, ed è stato ragionevolmente deciso che non dovevano essere ammessi; chè se l'articolo 692-613 pronunciava una siffatta nullità, ciò era unicamente nell'interesse de' creditori iscritti o del sequestrante, che d'altra parte il compratore non poteva allegare una nullità che non era stata creata in suo favore. Decisione di Cassazione 5 dicembre 1827; Giurisprudenza del 19° s. 1828, 1, 240.

440. È inutile di spingere oltre l'esame delle disposizioni della legge, che ci somministrano esempii di nullità relative; deve bastare l'aver noi stabilite le regole generali, perchè si possa farne l'applicazione alle diverse specie che possono occorrere.

441. Abbiam detto che non poteva esservi luogo a distinguere in favore di chi era stabilito il diritto di dimandare la nullità o la rescissione di un atto o di una convenzione, che in quanto si trattava di un atto o di una convenzione che non sono nulli di *non esse*, di quelli de' quali si dice che producono un'azione suscettibile d'essere rimossa da un'eccezione; se si trattasse di un contratto o di una convenzione nulli *di non esistenza*, ogni parte avente interesse a proporre la nullità potrebbe essere ammessa a farlo; il giudice non potrebbe, sotto verun pretesto, negarsi a riconoscere la mancanza del reciproco legame, e a pronunciare siffatta nullità.

Questa osservazione è soprattutto importante, quando si tratta di un atto fatto da un individuo che poteva farlo solamente sotto certe date condizioni; spesso l'inosservanza di queste condizioni non solo produce l'annullabilità, ma anche una nullità di non esistenza. In tal modo, quando abbiamo detto che colui ch'avea contrattato con una donna maritata non autorizzata, con un interdetto, con un minore, era senza qualità per prevalersi del vizio risultante da questa incapacità, noi abbiam supposto che si trattava d'uno di que' contratti che legavano il maggiore capace, che avea contrattato seco loro, e contro del quale essi avevano solo un'azione cui potevano rinunciare; ma se un atto, quantunque fatto da loro, è nullo di *non esse*, la nullità è assoluta, comunque la sua origine derivi dalla loro incapacità, e può esser proposta o opposta da qualunque parte interessata.

Per esempio, è stato deciso che l'accettazione di una donazione per parte della donna maritata, era assolutamente nulla,

anche per rispetto al donatqre, se la donna non fosse stata autorizzata da suo marito, o dalla giustizia. Decisione della Corte di Tolosa del 27 luglio 1830; Giurisprud. del 19º s. 1830, 1. 242.

Un altro esempio. — L'articolo 1554-1367, dispone che gl'immobili costituiti in dote non possono essere alienati o ipotecati durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè dall'uno e l'altro unitamente. E l'art. 1560-1373 prescrive che se la moglie o il marito, o tutti e due unitamente, alienano il fondo dotale, la moglie o suoi eredi potranno far revocare l'alienazione *dopo lo scioglimento del matrimonio*, senza che loro si possa opporre veruna prescrizione per il tempo decorso durante il matrimonio . . . . Il marito stesso potrà far rivocare l'alienazione durante il matrimonio, restando nullameno obbligato ai danni ed interessi verso il compratore, quando non avesse dichiarato nel contratto che il fondo venduto era dotale.

Si suppone che il marito avesse venduto come suo proprio il fondo dotale della moglie, e si è dimandato se anche in questo caso la nullità risultante da una tal vendita dovesse spettare solo al marito, alla moglie, o a' loro eredi, o se all'opposto il compratore avesse anche qualità per prevalersene, conforme all'articolo 1599-1444 che dichiara nulla la vendita della cosa altrui.

Ci pare che il compratore abbia diritto a dimandare la nullità della compra.

In fatti, v'è una gran differenza fra il trattare con un individuo ch'è incapace a motivo della sua persona, o il trattare con un individuo capace di contrattare, ma che dispone di una cosa non sua, o della quale non ha il diritto di disporre.

Nel primo caso, l'individuo conosce, o si suppone che debba conoscere lo stato dell'incapace: *Nemo censetur ignorarsse conditionem ejus cum quo contrahit*. Egli conosce che trattando con lui si lega irrevocabilmente, mentre l'incapace non può legarsi seco nell'istesso modo. Può quindi astenersi dal fare una convenzione che gli potrebbe recar danno; che perciò se la consente, è segno che ha avuto l'intenzione di sottoporsi al pericolo cui va incontro, e se in seguito soffre un danno, non può accagionarne veruno, perciocchè ha potuto e dovuto prevedere quello che gli succede.

All'opposto, nel secondo caso, il compratore non tratta con un incapace; egli ha creduto che il marito che gli faceva la vendita disponeva di una cosa sua propria, non ha veruna ragione da credere che acquisterebbe un fondo dotale; d'altra parte la vendita che gli è stata fatta,

non solo poteva annullarsi, come se gli fosse stata fatta in contravvenzione degli art. 1554-1367 e 1560-1373, ma è stata radicalmente nulla a'termini dell'art. 1599-1444, che dichiara nulla le vendite della cosa altrui. — Che perciò si può agire per via di nullità; nè v'è ragione per negargli questo diritto; egli è stato vittima di un errore di fatto; non si può accagionarlo d'essersi volontariamente esposto ad un danno possibile, nè v'ha verun rapporto fra la sua condotta in questa circostanza, e quella con la quale avesse contrattato anche con la moglie stessa o col marito, trattando nella sua qualità di regolatore degli affari dotali di sua moglie. — Arresto del Parlamento di Tolosa, del 9 luglio 1704; — Arresto del Parlamento di Provenza, del 9 dicembre 1707; — Arresti riportati da Merlin V°. Dote (*Dot.*) § 9.

Infattimente si oppone una decisione di Cassazione, degli 11 dicembre 1815, Dalloz, t. 28, p. 219; Sirey, t. 16, p. 161; basta riferirne la specie per provare che non si oppone in nulla all'opinione da noi sopra emessa.

Nell'anno 1806, permuta fra Maysonnial e Fressenon. — Questi diede al primo, in cambio de' fondi ricevuti, un prato che dichiarò esser suo. Fressenon intanto erasi ammogliato, sotto il regime delle leggi romane, ed il prato che cedeva era dotale.

Nel 1812, Maysonnial fece istanza contro Fressenon per la nullità della permuta, a motivo che Fressenon gli aveva dato in cambio la cosa altrui, ed anche perchè la permuta era stata senza veruna delle formalità prescritte dal Codice civile per la permuta del fondo dotale. Conchiuse perchè Fressenon fosse condannato come stellionario.

Intervenne la moglie di Fressenon, e produsse un atto stipulato da notajo, col quale ella approvava e ratificava l'alienazione fatta da suo marito dell'immobile dotale.

Il 14 giugno 1813, sentenza della Corte di Riom, che dichiara non essere stellionato, pel motivo che era dipeso da Maysonnial di consultare le clausole del contratto di matrimonio di Fressenon, e i loro effetti; ed atteso che, secondo la ratifica fatta dalla moglie Fressenon, Maysonnial è al sicuro di qualunque evizione, conferma il giudicato di prima istanza, che avea rigettato la dimanda del detto Maysonnial.

Ricorso in Cassazione per parte di Maysonnial; egli produce per mezzi di annullamento, la violazione 1° degli articoli 1704-1550, 1707-1553, 1599-1444, in quanto la Corte reale aveva negato di pronunciare la nullità della permuta,

quantunque Fressenon avesse dato una cosa che non era sua; 2° dell' art. 1554-1367 che dichiara gl' immobili dotali inalienabili durante il matrimonio, eccetto i casi determinati.

La Corte considerando, 1° che l'art. 1704-1550 prescrive: » Se uno de' permutanti ha ricevuto la cosa datagli in cambio, e provi in seguito che il donatore non è proprietario della stessa, non può esser costretto a consegnare la cosa ch' egli gli ha promesso in contraccambio, ma solamente a restituire la cosa ricevuta. . . . » ch' è evidente che Maysonnial non può indurre eccezione da quest' articolo, perciocchè egli ha, da molto tempo, dato il terreno che avea promesso in cambio, e che l' oggetto della lite non è punto quello di costringerlo a consegnare questo terreno; 2° che la permuta del fondo dotale è nulla, quando si faccia senza le formalità prescritte dalla legge; ma che questa nullità è prescritta solo nell' interesso della moglie o de' suoi eredi; che in tal modo l' art. 1560-1373 per una conseguenza dell' art. 1125-1079 non permette che alla moglie, a' suoi eredi e al marito, di far rivocare siffatte alienazioni; che però risulta ugualmente dal testo e dallo spirito della legge, che quest' azione di nullità non può esser concessa a colui che ha *volontariamente* trattato col marito o la moglie della permuta di un fondo dotale, rigetta ec. ec.

Faremo avvertire su questa decisione, 1° che la Corte di Cassazione non avea a decidere la quistione in genere, e ch'essa ha solamente rigettato il ricorso contro la sentenza perchè giudicava nel fatto che Maysonnial avava conosciuto o si presumeva aver conosciuto il carattere dotale del fondo che gli era stato dato in contraccambio; ch' è stato solo per queste ed altre analoghe considerazioni, che, senza dubbio, furono addotte, che la Corte di Cassazione meritamente decise, che l' azione di nullità non poteva spettare a colui *che ha volontariamente trattato col marito o la moglie della permuta del fondo dotale.*

2° Che questa conoscenza ch'aveva avuto il permutante, secondo la Corte reale, e della quale la Corte di Cassazione fece uno de' considerandi della sua decisione, faceva supporre ch' essa avrebbo giudicato diversamente se la Corte reale non avesse detto che Maysonnial aveva acquistato l' immobile dotale con conoscenza di causa.

3°. Che, in fine, trattandosi di un semplice rigetto, le circostanze del fatto hanno avuto più influenza nell' animo della Corte, che la necessità di esaminare e decidere le tesi la quistione da noi proposta

442. Rileviamo un terzo esempio in una specie sottoposta alla Corte di Cassazione: trattavasi di sapere quando e come i collaterali avessero qualità per dimandare la nullità del matrimonio. La Corte sentenziò con decisione del 22 giugno 1819; Sirey, 1819, p. 438, che la massima che i collaterali non possano essere ammessi ad impugnare un matrimonio quando non abbiano un interesse preesistente ed attuale, s'applicava al caso nel quale la dimanda tendeva a fare pronunciare la nullità di un matrimonio la cui esistenza era riconosciuta, e non al caso nel quale, nella mancanza dell'atto di celebrazione, si sostenesse che il matrimonio non aveva avuto luogo.

443. La nullità avendo per oggetto, come abbiamo accennato, di riparare un danno, non cade dubbio che gli eredi di colui al quale la legge dava il diritto di prevalersene, abbiano, come esso, qualità per ottenere questa riparazione; se dunque la persona che poteva dimandare l'annullamento di un atto o la rescissione di una convenzione, sia morta senza averla dimandata, durante ancora la dilazione, gli eredi hanno qualità per intentare l'azione pel tempo che rimaneva al difunto nel punto della sua morte, *leg.* 3, § 9, *leg.* 18, § 5, ff. *de minorib.* Gli eredi possono intentare quest'azione nel modo stesso che poteva farlo il loro autore, secondo la regola che colui che esercita un diritto nella sua qualità di rappresentante di un terzo, ne usa nel modo stesso che quegli n'avrebbe usato: *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

444. Nullameno questa regola non è senza eccezioni, sonovi parecchi casi ne' quali l'azione non passa agli eredi, *infra* n° 464, ed anche delle circostanze nelle quali, quantunque transmessibile agli eredi, non passa loro con lo stesso carattere, la stessa latitudine. Così, per esempio, se una donna ha contrattato senza il consenso di suo marito, questa può, durante il matrimonio, dimandare la nullità dell'atto fatto senza suo permesso, quand'anche non gliene derivasse verun pregiudizio; la non curanza che la moglie ha mostrato per l'autorità di lui è una causa sufficiente perchè ei possa produrre una tal dimanda; i suoi eredi all'apposto, non potrebbero, dopo lo scioglimento del matrimonio, proporre la nullità di un tal atto, qualora non avessero un interesse pecuniario: il motivo dell'attentato portato all'autorità maritale, non sarebbe sufficiente per dar loro il diritto d'agire. Perciocchè, come potrebbero muover querela di tale attentato, quando il marito stesso se n'è rimasto indifferente, nè ha creduto doversene lagnare. Una siffatta azione manche-

rebbe evidentemente del torto ricevuto, e gli eredi non avrebbero nè interesse, nè qualità per esercitorla.

445. Così ancora, in tutti que'casi nei quali un marito può dimandare la nullità del suo matrimonio, i collaterali, i suoi eredi non posson dimandarla che quand'abbiano un interesse *preesistente ed attuale*. Arg. dell'art 187—Più, è necessario che sia un interesse pecuniario, d'Aguesseau, vol. 2° p. 446, vol. 5, p. 68. — Pothier, Trattato del contratto di matrimonio, n°. 448. — Locrè, su l'art. 187. — Proudhon, Corso di dritto civile, vol. 1° p, 246, o quand'abbiano interesse ad impedire che i figli nati da un matrimonio nullo, portino il cognome della famiglia; decisione di Cassazione, 22 giugno 1819; Sirey, 1819, p. 438.

446. Ma, generalmente, bisogna che il legislatore abbia modificato gli effetti di una trasmissione pura e semplice.

Nel dubbio, bisogna attenersi alla regola generale, cioè, che le azioni per nullità e rescissione passano agli eredi, i quali possono e debbono esercitarle nel modo stesso che poteva fare il loro autore.

447. L'azione per nullità e per rescissione può esser ceduta; essa può trasmettersi a titolo gratuito e a titolo oneroso, salvo l'eccezione contenuta nell'art. 1167-1120. Colui al quale sono state cedute, può esercitarle nello stesso modo che avrebbe potuto fare lo stesso cedente: *Certum est jus petendae in integrum restitutionis ut et caetera jure fere omnia cedi posse.* Fachinoeus; lib. II. C. 11.

448. Nasce, su di ciò, la quistione di sapere se il cessionario di tutti i diritti ed azioni in generale, abbia qualità per esercitare le azioni di nullità o di rescissione che il cedente stesso era in diritto d'esercitare.

Si deve decidere che *no*, qualunque volta trattandosi di nullità aventi una causa meramente personale, il cedente non le ha nominatamente cedute, come sono quelle nate da mancanza di permesso maritale, della minorità, e la maggior parte di quelle delle quali trattasi nell'art. 3 della sezione 1ª, cap. 2, n. 119 e seguenti; quasi sempre, per un certo riguardo, per una convenienza sociale siffatte azioni son trascurate dalla persona che ha diritto di esercitarle; e se vendendo in generale tutti i suoi diritti ed azioni, non abbia ceduto espressamente le azioni di questa natura, è da presumersi aver ciò fatto perchè non aveva l'intenzione di annoverarle nella cessione, e che gli stessi motivi che l'aveano mossa a non servirsene, l'abbiano determinata anche a non volere trasmettere l'esercizio della loro azione ad un terzo. Mornac, *lib.* 18,

ti 5, *de rescind. vend.* e su la legge 6, ff. *de integ. restit.*; Louet su Brodeau, lett. C, somm. 12, e lett. S, somm. 3, n. 8. — Da ultimo, arresto della Corte di Limoges del 27 nov. 1811; Sirey, 1814, p. 103. Quest'arresto è concepito nel modo seguente.

« Considerando che la cessione fatta dalla signora Jagot al Signor Valière, di tutti i suoi diritti paterni e collaterali, quantunque fatta senza veruna eccezione e con tutta la latitudine usata in simili contratti, non comprende nullameno la cessione nominale delle azioni rescindenti e rescissorie: che sebbene sia stata per lungo tempo controversa la quistione di sapere se una cessione generale ed indefinita di tutti i diritti ed azioni, senza veruna riserba, comprendesse implicitamente quella dell'azioni rescindenti e rescissorie, l'opinione più sensata, adottata dalle più gravi autorità, e confermata dalla giurisprudenza delle decisioni, è sempre stata, e sembra dover essere ancora, che non sia permesso d'indurre la cessione dell'azioni rescindenti o rescissorie dalle clausule di una cessione ordinaria, sia comunque generale, e ch'è necessario che questa specie di cessione particolare sia fatta in una maniera speciale e nominale; che in mancanza di ciò, si deve sempre presupporre che il cedente abbia voluto, per rispetto a sè stesso, che il suo obbligo o quello de' suoi autori fosse eseguito; che questa verità è sanzionata nella legge 25, *si talis* 31 ff. *de minoribus*, secondo la quale un mandato ordinario, comunque generale possa essere, è dichiarato insufficiente per l'esercizio dell'azioni rescindenti e rescissorie, per le quali questa legge richiede un mandato espresso o nominale; ch'essa risulta ancora da parecchie altre leggi romane, secondo le quali la chiosa stabilisce, per l'esercizio di siffatte azioni, la volontà espressa del mandante o del cedente, *voluntatem expressam*, per questa ragione assoluta, che colui che ha fatto un atto, comunque nullo ed invalido, può aver motivi particolari per non dimandarne la rescisione, *propter suam extimationem pudori suo parcens* ».

449. Sarebbe altrimenti, e dovrebbero considerarsi come comprese in una cessione generale di diritti ed azioni, le azioni per nullità che provenissero da qualunque altra causa che una causa personale al cedente, come sono quelle che avessero per oggetto un vizio reale, una causa che riguardasse non la persona, ma la cosa o la convenzione. In questo caso, il cedente non avendo avuto de' motivi personali per non comprendere siffate azioni nella vendita generale de' suoi diritti, ne segue che l'espressioni generali delle quali

ha fatto uso, non ammettono restrizioni, e che deve interpetrarsi la sua volontà in un modo così largo, come l'espressioni delle quali ha fatto uso. Per esempio, non cade dubbio che il cessionario dovrebbe essere ammesso a proporre una nullità che colpirebbe la convenzione di *non esse*; egli potrebbe ancora intentare l'azione di rescissione per causa di lesione oltre la metà. Sarebbe lo stesso dell'azione per nullità poggiata su l'errore in che erano le parti su ciò che formava l'oggetto della convenzione.

450. Questi principii sono stati sanzionati in una specie la quale, quantunque non si riferisca ad un'azione per nullità o per rescissione, ha nullameno con essa un'evidente analogia; intendiamo parlare dell'azione per risoluzione di una vendita per mancanza di pagamento del prezzo. Si è dimandato se quest'azione poteva essere esercitata dal cessionario di tutti i diritti ed azioni del venditore come dal venditore stesso.

L'affermativa è stata generalmente ammessa, come conseguenza da' principii che noi abbiamo esposto ne' numeri precedenti. Toullier, vol. 7 (*edizione belga di Tarlier*, vol. 4), n. 166 — Decisione della Corte di Parigi, del 6, febb. 1828, della quale ecco la specie:

Nel 1770 il Sig. de Montmort vendè al Sig. Fontaine, una piccola casa sita a Foucheres per 1550 lire. Fu stipulato che questa somma sarebbe pagata a richiesta del venditore. . . Nella rivoluzione, e nel tempo dell'emigrazione degli eredi del Sig. de Montmort, questo credito, divenuto proprietà della Nazione, fu venduto all'asta pubblica, al Signor Parizot, che lo trasmise quindi al sig. Damien, rappresentato da' Signori Duriau, suoi eredi.

La casa poi passò da' figli di Fontaine a diversi compratori successivi: i signori Demussy, Ganne, e Goffinat.

L'ultimo compratore, il Sig. Goffinat, avea fatto trascrivere il suo contratto, e dopo l'intiero adempimento delle formalità ipotecarie, aveva pagato il prezzo a' creditori collocati, nel numero de' quali non s'era presentato il sig Damien, possessore del credito di 1550 lire. — Nel 1829 questi ruppe il silenzio; egli avea perduto la sua azione ipotecaria per privilegio su l'immobile; ma stimando ch'aveva sempre conservata la sua azione per risoluzione della vendita per mancanza del pagamento del prezzo, intentò quest'azione.

Un giudicato del tribunale civile di Bar-sur-Seine, del 12 febbrajo 1827, lo dichiarò decaduto dalla sua dimanda, pel motivo che il Sig. Damien aveva soltanto diritto ad una som-

ma di danaro; che gli era solo stato ceduto un semplice credito, e non già alcuno de' diritti immobili rescindenti o rescissorii, atteso, in oltre, la liberazione compiuta de' possessori dell' immobile, tanto per la purgazione delle ipoteche da essi fatta che per la prescrizione di dieci e venti anni, esistente in loro favore. — Appello.

L' avvocato di Damien, stabilì innanzi la Corte, 1º che la cessione di un credito comprende necessariamente tutte le azioni inerenti alla sua natura; ch' è della natura del contratto di vendita d' andar soggetto a risoluzione in mancanza di pagamento del prezzo; che quest' effetto essenziale, questa condizione anoullante, esisteva in favore del cessionario come del venditore primitivo ch' e' rappresenta; *che avanai è fermo in gurisprudenza*, che il diritto di dimandare la risoluzione non è un diritto personale proprio al venditore, ma un diritto reale congiunto al patto, e profiena a qualunque avente causa del venditore; che così il rescindente come il rescissorio spettano al Sig. Damien come al sig. Montfort... 2º. che la purgazione fatta de' compratori, quantunque avesse liberato l' immobile dall' azione privilegiata, per causa di pagamento del prezzo, pure essa non ha veruna influenza relativamente all' azione per risoluzione della vendita, azione totalmente speciale che la legge accorda in oltre al venditore, e che non bisogna confondere con l' azione di pagamento del prezzo, su l' immobile tresmesso e conservato nella persona del compratore.

3º. Da ultimo, che la prescrizione de' 10 e 20 anni, stabilita dall' art. 2265-2171 non può applicarsi alla specie presente, nella quale si tratta, non della rivindica fatta da un antico proprietario ingiustamente spogliato della sua cosa, ma dell' azione per risoluzione del venditore non pagato, azione reale, regolata unicamente dall' art. 2262-2172.

Gl' intimati rispondevano: V' ha una grande differenza fra il venditore, i suoi eredi e rappresentanti legali, ed un semplice cessionario avente causa dal venditore.

Il venditore e i suoi eredi son rivestiti del duplice diritto, dell' azione cioè per pagamento, per privilegio, del prezzo o dell' azione per risoluzione della vendita.

Ma quest' ultima azione, questa facoltà rigorosa ed esorbitaate del diritto comune, di spogliare il detentore dell' immobile, non potrebbe spettaro ad un cessionario, il quale ha solamente dritto ad un credito, ad una somma di danaro, senza una disposizione chiaramente espressa a questo riguardo. In fatti, che cosa si è trasmesso a questo cessionario? Il

diritto di ricevere un capitale, del denaro, una cosa corporale o meramente mobile, non s'è inteso vendergli una cosa immobile; nullameno egli è un immobile che ei dimanda mediante l'azione per risoluzione che ora esercita.

L'avvocato generale rigetta questa opposizione, e sviluppando i principii addotti dall'appellante, dimanda che la Corte ne faccia l'applicazione.

« La Corte, atteso in dritto che sta per principio che se il compratore non paga il prezzo della vendita, il venditore può dimandare la risoluzione del contratto; che un'azione risolutoria di questa natura può sempre essere esercitata dal venditore o i suoi aventi diritto; ch'essa segue l'immobile in qualunque mano passi, e non può estinguersi se non per la prescrizione di 30 anni, la quale non esiste nella specie;

Che la prescrizione di dieci o venti anni, stabilita dall'art. 2265-2171 non può d'altra parte essere allegata dai terzi detentori, perciocchè essi han potuto conoscere la natura ed i pesi della cosa acquistata, ed in ogni caso sarebbe loro colpa a non aversi fatto presentare il titolo primitivo; che in tal modo essi debbon pagare gli aventi causa del venditore originario, o soggiacere alle conseguenze dell'azione risolutoria:

Annulla, e dichiara la vendita del 1770 risoluta unitamente a tutte le vendite successive; in conseguenza, ordina il rilascio de' beni per parte del terzo detentore, quante volte non gli sia più a grado di pagare nel termine di un anno, da questo giorno, il credito del quale si tratta (1).

(1) Noi non ci sentiamo l'animo di accettar i principii della surriferita decisione, e per conseguenza neppur quelli dell'autore, relativamente all'azione di rescissione del contratto di vendita pel non pagamento del prezzo. Secondo noi la nuova legislazione non segue le norme dell'antica la quale partiva dal principio, che non v'era trasferimento di dominio prima del pagamento del prezzo: la legislazione del codice civile dichiarando compiuto il contratto alla semplice determinazione del prezzo medesimo, a credito come ogni altro il detto prezzo, ancorchè non introitato dal venditore ha renduto impossibile l'azione della risoluzione della vendita. Con questo sistema solamente vien rimosso l'assurdo del cumolo di due diritti incompatibili il creditorio cioè ed il dominicale; con esso il regime ipotecario rimane una realità; con esso la buona fede trova la garantia che merita; le proprietà diventano più libere e slacciate; l'agricoltura una condizione di progresso; la probità e l'eguaglianza sociale, un grande elemento di ricchezza. Chi vorrebbe per avventura migliorare un campo o un fabbricato di cui il compratore non avesse pagato il prezzo fin dal principio? E fate che del prezzo ne resti non pagato un centesimo solamente, e voi sarete costretto per virtù del principio ad ammettere la soluzione della vendita. Contemplisi qui ognuno la interminabile serie d'inconvenienti cui menerebbe la teorica che impugniamo.

Ben vero troviamo giusto quel che dice il nostro Solon circa la distin-

451. Come s'è veduto dall' esposizione del fatto, questa decisione è stata pronunciata in una circostanza sopramodo favorevole, perciocchè trattavasi di spogliare della proprietà de' terzi compratori di buona fede, in favore di un creditore cui poteva, se non altro, accagionarsi di essersene stato in silenzio per tanto tempo; ma la Corte non ha potuto allontanarsi da' principii, secondo i quali colui che vende o cede una cosa altrui, si reputa vendergliela e trasmettergli tutti i diritti ed azioni che tendono a fargli avere questa cosa. Pothier, Contratto di vendita n. 149.

452. Se il venditore avava solo ceduto una parte del prezzo che gli era dovuto, il cessionario potrebbe nullameno essere ammesso a dimandare la risoluzione della vendita per causa di non pagamento del prezzo, quantunque questa azione non fosse stata nominatamente ceduta; questa è una conseguenza de' principii da noi esposti. Solamente, egli sarebbe obbligato di dare un onesto utile al suo cedente; perciocchè la risoluziona potendo nuocere al creditore che non è stato totalmente soddisfatto, questi può far valere le sue ragioni per quel che rimane ad avere in preferenza a quello di cui non ha ricevuto che un pagamento parziale, art. 1252-1205.

453. Se fosse poi il cedente quegli ch' esercita l'aziono di risoluzione, egli deve pure dare un onesto utile al cessionario, perciocchè questi è l' avente causa del primo, e non può dipendere dal cedente che la cessione che ha fatta e il cui prezzo ha introitato, non abbia effetto: *Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promissoris statum capit.* Leg. 105, § 1 de verb. oblig.

Vedasi un arresto della Corte di Amiens, del 9 nov. 1825; Giuris. del 19° s. 1825, 2, 189.

454. Può il surrogato a tutti i diritti ed azioni, come il cessionario prevalersi dalle azioni per nullità e per rescissione che non sono nominatamente comprese nella surrogazione?

Per risolvere questa quistione, uopo è ricordare le diverse specie di surrogazione che esistono in diritto, e distinguerle bene le une dall' altre.

In generale, la surrogaziona può difinirsi una finzione della legge con la quale quegli che paga il debito di un terzo, o

zione di diritti reali e personali in fatto di cessioni. Quindi se per avventura sussistesse che il creditore del prezzo abbia azione per risolvere la vendita in caso di mancamento, noi troveremmo evidente che tal azione sarebbe compresa nella cessione del credito ad un terzo.

che somministra al debitore i danari per pagarlo, è messo al luogo e posto del creditore, val quanto dire lo surroga in tutti i suoi diritti, azioni, privilegi o ipoteche tanto contro il debitore principale, quanto contro il fidejussore, per esercitarli nel modo medesimo che avrebbe fatto lo stesso creditore.

Si addimanda finzione di legge, perchè essa fa rivivere a profitto di una terza persona, un debito estinto mediante il pagamento, e che lo fa rivivere con tutti i suoi accessorii (1).

455. Essa è convenzionale o legale. La surrogazione convenzionale si forma di due maniere: la *prima* quando il creditore ricevendo il pagamento da una terza persona, la surroga ne' suoi diritti, azioni privilegi e ipoteche contro il debitore. Questa surrogazione deve essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento, art. 1250-1203, ed allora questa surrogazione è una vera cessione e trasferimento di credito; vedasi quello che dice a questo riguardo l' oratore del governo, che ha esposto i motivi del titolo delle obbligazioni e specialmente i motivi dell'art. 1250-1203. Garnier Deschenes, Trattato del notariato, n°. 266. — Toullier, Dritto civile, tom. 7 (*edizione belgia di Tarlier* t. 4,) n°. 166

La seconda, quando il debitore prende in prestito una somma, per pagare il suo debito e per surrogare il mutuante ne' diritti del creditore; art. 1250-1203. Questa specie di surrogazione si fa senza il concorso e la volontà del creditore pagato; non è egli che trasmette i suoi diritti ed azioni, ma è il debitore che consente che l' affittatore de' fondi n' abbia l' esercizio, onde nasce che v' ha distinzione tra la cessione di un debito e questa specie di surrogazione; la prima lascia esistere il credito ceduto, mentre l' altra l' estingue, e non lascia esistere che gli accessorii diretti, vale a dire il titolo, l' ipoteca, l' iscrizione che la assegna un grado; vedasi Renusson, Trattato delle surrogazioni.

Solamente a quest' ultima specie conviene il nome di surrogazione propriamente detta, essendo la prima un vero trasferimento.

456. La surrogazione legale è quella che si fa di pieno diritto, essa ha luogo.

1°. A vantaggio di colui che, essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore che merita di essergli an-

(1) Non v' è secondo noi alcuna finzione nella surrogazione; imperciocchè lungi d' esservi estinzione del debito, come crede il Solon, evvi anzi un mero cambio o mutamento di creditore, e però non altro che questo.

leposto pe' suoi privilegi ed ipoteche; 2° a vantaggio del compratore di un immobile che impiega il prezzo della cosa comprata al pagamento de' creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato; 3° a vantaggio di colui che, essendo obbligato unitamente ad altri, o per altri al pagamento del debito, aveva interesse d'estinguerlo; 4° a vantaggio dell'erede beneficiario che ha pagato del proprio i debiti ereditarii, art. 1251-1204.

5°. A vantaggio del legatario particolare di un immobile che ha soddisfatto il debito del quale quest' immobile era gravato, art. 874.

6°. A vantaggio di colui che paga il prezzo delle cessione a quella che non può succedere in un' eredità art. 841-760.

457. Conosciute in tal modo queste diverse specie di surrogazione, sarà facile sciorre la proposta quistione: non cade dubbio che la surrogazione, che si fa per volontà di un creditore che riceve il suo pagamento da una terza persona, essendo un vero trasferimento di credito, comprenda le azioni per nullità o rescissione che non hanno una causa personale al cedente; si deve in questo caso concedere al surrogato gli stessi diritti, azioni e qualità che al cessionario.

In quanto alla surrogazione convenzionale, che si fa senza il concerso del creditore, e alla surrogazione legale, esse non comprendono punto le azioni per nullità o rescissione; producono estinzione del credito, lo snaturano, ed è solo fittiziamente che legano al nuovo credito gli stessi accessorii o lo stesso grado che aveva il primo, quello ch' è stato estinto. Così, per esempio, non cade dubbio che colui ch' è surrogato a' diritti del venditore non potrebbe esercitare l'azione resolutoria nel caso che il prezzo non fosse soddisfatto, egli è solo surrogato a' diritti delle procedure ordinarie ed al vantaggio dell' iscrizione *ex officio*.

458. È con gli stessi principii, e col distinguere le azioni per nullità o rescissione che hanno una causa personale, e quelle che hanno una causa reale, inerente al contratto, che si deve decidere, 1° se le azioni rescissorie della moglie, per riguardo agli atti che avesse potuto fare prima del suo matrimonio, o che le spettano d' altra parte, sono comprese nella costituzione generale di tutti i suoi beni;

2°. Se una procura generale dia qualità per far uso delle azioni per nullità e rescissione.

È chiaro che nella costituzione generale di beni si comprendano le sole azioni che noi abbiam detto comprendersi in una cessione generale. Non altrimenti che la procura generale non può dar qualità che per esercitare le me-

desime azioni. *Leg.* 25, *si talis* 31, ff. *de minoribus.* arg dell' art. 1988-1860.

459. I creditori di una persona possono dimandare la nullità degli atti fatti in frode de' loro diritti. Art. 1167-1120. L' azione loro concessa, a questo riguardo, è conosciuta in legge sotto la denominazione d' *azione revocatoria.* — La prima condizione di quest azione essendo che l' atto sia fatto in frode, non è mai da supporsi che la legge abbia voluto concedere il diritto di esercitarla al creditore che non ha avuto questa qualità se non dopo che l' atto è stato fatto. In tal modo la regola generale è che, l' azione revocatoria è concessa solo al creditore il cui diritto era nato nell' istante in ch era stato fatto l atto intaccato di frode. Decisione della Corte di Parigi, del 6 giugno 1826; Giuris. del 19° s., 1828, 1, 279.

Pure, se fosse provato che l' atto impugnato è stato fatto solo per render senza effetto l' obbligazione che stavasi per consentire, se, per esempio, nel punto di conferire l' ipoteca ad un creditore che mi presta il suo danaro di buona fede, io consento a fo iscrivere anticipatamente e fraudolentemente una prima ipoteca che rendo vana la seconda; non cade dubbio che il secondo creditore, comunque abbia acquistato il suo diritto solo dopo l' atto fraudolento fatto per fargli perdere la sicurezza del suo credito, potrebbe essere ammesso a dimandare la nullità di quest' ultimo atto; in quest' ipotesi ed altre analoghe, esistendo in tutta la loro forza i motivi della legge, essa deve ricevere la sua applicazione.

460. Avvertito dippiù che quantunque i creditori posteriori ad un atto non possono dimandarne la nullità come fatto in frode de' loro diritti, possono giovarsi del suo annullamento, quante volte questo si ottenga dagli altri creditori avanti qualità. È certo anche che se questi fossero chirografarii, potrebbero essere posposti a' creditori posteriori i cui diritti risultassero da una sentenza conferente ipoteca su tutti i beni presenti e futuri del loro debitore; sarebbe questa la conseguenza dei principii sul grado dell'ipoteche, nè d' altra parte, i creditori, delusi in tal modo nell' effetto della loro istanze, potrebbero lagnarsi di un risultamento, che essi erano nell' obbligo di conoscere.

461. Finalmente, se l' atto che pregiudica a' creditori era meramente simulato, se fosse stato fatto dalle parti con l' intenzione di non mandarlo ad effetto, crediamo che qualunque creditore, anche posteriore a quest' atto, avrebbe qualità per potersi prevalere della simulazione: egli non avrebbe bi-

sogno in questo caso di esercitare l'azione revocatoria, o dovrebbe solamente agire a' termini dell'art. 1116-1070, per e a nome del suo debitore, il quale ha egli stesso il diritto di prevalersi di una semplice simulazione, secondo quello abbiamo detto *supra*, n°. 246 e 247.

462. Si è dimandato se un creditore ipotecario, che avesse trascurato di prendere inscrizione, e che per ciò si trovasse esposto a perdere il suo credito, potesse nullameno impagnare, come fatta in frode, la vendita degli immobili consentita dal suo debitore. S'è preteso che per questa trascuragine il creditore dovea non essere ammesso nella sua azione; perchè in fatti, s'è detto, accordare un'azione straordinaria e rigorosa a colui che avea una compiuta guarentigia e che l'ha perduta per la sua ignavia. Egli ha perduto, è vero, il suo credito, ma non tanto perchè il suo debitore ha fatto un atto fraudolento, quanto perchè egli stesso ha trascurato le precauzioni che poteva e doveva adoprare. — Questo ragionamento, come si vede, non è di alcun peso. L'art. 1167-1120 autorizza ogni creditore a poter esercitare i dritti dell'azione revocatoria, e le generali espressioni delle quali fa uso, abbracciano talmente tutti i casi, che altro non ha fatto se non riprodurre la disposizione della legge romana: Ait praetor: *Quae fraudationis causa gesta erunt, etc, haec verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factum, vel alienationem, vel quamcumque contractum; quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari qualemcumque fuerit. Nam lata ista verba patent, sive ergo rem alienavit, sive aceptilatione vel parte aliquem liberavit*, leg. I. ff. quae in fraudem.

E poi l'equità non ci permette supporre che, qualunque sia la negligenza di un creditore, il suo debitore possa, mediante un convegno fraudolento con un terzo, privarlo del suo credito per avvantaggiarne se stesso, o per farne godere chi non ha verun diritto; in tutte le disposizioni della legge non si rinviene verun motivo che possa giustificare una siffatta decisione.

463. Una seconda condizione dell'azione revocatoria, è che i creditori posson esercitarla sol quando i beni che rimangono al loro debitore fossero insufficienti per la guarentigia del loro credito. Ed in fatti, non è da supporsi che colui che ha conservato in suo potere tanto da pagare integralmente i suoi creditori, abbia voluto fare un atto fraudolento in loro danno. Il debitore dunque contro il quale si vuole estendere l'effetto dell'azione revo-

catoria può dimandare la discussione preliminare de' beni che son rimasti nelle sue mani *ut bona sua rite ac recte discussa sint*, Mornac, tit. 5, cod., *quando fiscus* leg. 4 e 3; Instit. tit. *qui et ex quibus causis* ec. Del resto, questa discussione preliminare essendo un diritto personale del debitore, egli può rinunciarvi o espressamente, o col non proporla: i giudici non possono ordinarla *ex officio*. Decisione di cassazione del 22 marzo 1809; Siroy, 1819, p. 208.

464. Hanno anche i creditori ricevuto dalla legge una facoltà importantissima; essa loro permette di esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccetto quelli che gli sono esclusivamente personali; art. 1166-1119. È questa una conseguenza del principio: che chiunque si è obbligato personalmente, è tenuto di adempire a' suoi obblighi sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (art. 2092-1961), e per conseguenza sotto la garanzia delle sue azioni che fanno parte de' suoi beni medesimi, (Art. 529-452).

465. Ma i creditori hanno qualità per esercitare le azioni per nullità e le azioni per rescissione spettanti a' loro debitori?

Non vi cade alcun dubbio quando l'azione ha per oggetto una nullità di non esistenza. Siccome in questo caso l'atto impugnato non crea verun vincolo, e non produce veruna azione, i creditori hanno qualità per far dichiarare che questo atto non induce verun obbligo nel loro debitore, e che egli non ha cessato di esser proprietario delle cose o diritti che aveva voluto cedere nel contratto. Si deve anche osservare che i creditori non hanno bisogno di servirsi del nome del loro debitore, perciocchè essendo l'atto nullo di nullità assoluta, l'interesse ch'essi hanno perchè questa nullità produca i suoi effetti, è una causa sufficiente per dar loro qualità; essi non esercitano tanto un'azione quanto un atto conservatorio e di precauzione ch'essi fanno per evitare che il pegno del loro credito non sia diminuito. Vedasi Cochin, aringa 55. — Dobbiamo aggiungere che il creditore non avrebbe bisogno, in questo caso, d'intentare l'azione principale, perciocchè l'atto essendo talmente nullo che non ha prodotto trasferimento di proprietà, le cose che formarono l'oggetto delle sue disposizioni sono rimaste in potere del debitore, e nulla vieta al creditore di agire direttamente ed in persona di quest'ultimo per l'espropriazione o il sequestro delle cose stesse. Invano i terzi cui premerebbe che l'atto nullo non avesse effetto, cercherebbero opporre al creditore che i beni

esistenti del suo debitore erano bastevoli pel pagamento del credito; egli non avrebbe a fare altro che rispondere » l'atto che voi m'opponete è nullo di nullità assoluta, i beni che formano l'oggetto delle sue disposizioni non si sono mai disgiunti dal patrimonio del mio debitore, che perciò non può esservi veruno ostacolo all'istanze da me fatte. *Non praestat impedimentum quod de jure non sortitur effectum* ».

466. La quistione sopraddetta dunque non presenta veruna difficoltà quando si tratta di un atto che è colpito solo di nullità relativa, di una nullità stabilita in favore di colui ch'è mio debitore. Il dubbio nasce da che l'azione che risulta da siffatte nullità, avendo, quasi sempre, una causa personale a colui nell'interesse del quale è disposta, e questi rimanendosene spesso in silenzio, per delicatezza, o perchè, malgrado la nullità dell'atto nella forma egli si crede obbligato nel foro interno, sembra strano che i suoi creditori possano avere il diritto di agire in sua vece e proporre un'azione ch'ei crede, in coscienza, non dovere esercitare.

Si aggiunge che sotto la legislazione romana, che meritamente noi seguiamo in molte circostanze, considerandola come l'espressione scritta della giustizia e della ragione, i creditori non avevano il diritto di proporre le azioni per nullità o rescissione spettanti a' loro debitori. Ma questa considerazione non è di alcun peso, perciocchè se la legge Romana proibiva che il creditore potesse esercitare l'azione per nullità o rescissione, che il suo debitore aveva il diritto di proporre, era unicamente a motivo della regola del diritto comune di que' tempi, che il creditore poteva impugnare, come fatto in frode, l'atto mediante il quale il suo debitore diminuiva il suo patrimonio, ma non poteva punto dimandare la nullità di un atto col quale il debitore si fosse negato d'accrescerlo. In questo modo generalmente era intesa l'azione Pauliana: *Quod autem cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad diminuentes patrimonium, non ad eos qui id agunt ne locupletentur*. Leg 6 ff. quae in fraud. et leg. 134 ff. de reg juris.

Or, questa regola non fu adottata dalla giurisprudenza succeduta al diritto Romano; gli autori più accreditati trovarono più giusto e più conforme a' veri principii, di permettere a' creditori non solamente d'impugnare gli atti co' quali il loro debitore avesse diminuito il pegno che loro avea dato, ma anche gli atti che avessero avuto per oggetto

il rinunciare ad un aumento del suo patrimonio ; ed una giurisprudenza generale abrogò la disposizione della legge da noi citata. *Recessimus*, diceva Mornac, su la legge 4 cod. tit. quando fisc, *in ea a Romana jurisprudentia*. — E fu opinione generale che i debitori non potevano, in pregiudizio de' loro creditori, omettere o ripudiare le successioni, eredità, legati, nè altrimenti che la loro legittima, supplimento di legittima o altri diritti, e quando il facessero, i creditori avevano la facoltà di accettare a loro danno o rischio, e di dimandare i suddetti legati, eredità e legittime, in luogo e vece del debitore che vi rinunciava. *Serres, nella Inst. lib.* 4, *tit* 5. § 6.

Questa innovazione ne produsse un' altra, e fu generalmente ammesso che i creditori potevano non solo fare istanza contro i loro debitori per vie lecite, per farsi pagare, ma ancora fare istanza pel diritto e le azioni di questo stesso debitore, se questi trascurava di farlo da per se. Denizart nel Dizionario, v° Creditore n 2 : « specialmente ancora, si ha per certo che i creditori avevano diritto di reclamare, non solamente come il debitore avrebbe potuto farlo, contro gli atti suscettibili di rescissione per lesione d' oltre la metà, frode, errore di fatto, ma ancora di esercitare i diritti a' quali egli avesse rinunciato — Dupare Paullain, vol 7. p. 190, n. 147.

467. Nullameno dobbiam convenire che, generalmente e per eccezione, si negò al creditore il diritto d' impugnare un obbligo contratto dal suo debitore, e che, quantunque poteva annullarsi per una delle cause indicate dalla legge, era giusto in se stesso, ed era di tal natura che l' annullamento poteva considerarsi come un attentato alla fede promessa. *Serres nell' Inst. loc. cit.*

Questa modificazione, comunque potesse essere giusta, dava luogo a grandi difficoltà nella pratica. Come sapere, in fatti, in un modo preciso, se l' annullamento di un atto apportasse attentato alla fede promessa? Come valutare il carattere dell' errore in che fosse caduto quegli le cui azioni si domandasse esercitare, la violenza che si fosse usata contro di lui per estorquergli il consentimento, il dolo e la natura de' rigiri co' quali si fosse carpita e determinata la sua volontà? Come era possibile valutare de' tatti, quasi sempre, noti solo a colui che s' inganna, ch' è ingannato o violentato? Come soprattutto far questa pruova quando quegli che solo sarebbe in grado di far conoscere i fatti del dolo, della violenza, dell' errore, se ne sta in silenzio

o ne contrasta persino la verità? Gli autori del Codice senza dubbio, han compresa tutta la difficoltà di una siffatta distinzione, perciocchè invece di separare la nullità il cui effetto sarebbe d'andar contro la fede promessa, da quella che non avrebbe quest'effetto, essi si sono appigliati ad una regola molto più agevole ad eseguirsi; hanno detto che i creditori, potrebbero esercitare tutti i diritti ed azioni de loro debitori, ad eccezione di quelli che sono loro esclusivamente, personali, (art. 1166-1119).

468. V'ha in questa disposizione una regola generale, secondo la quale tutti i creditori possono esercitare i diritti ed azioni de'loro debitori, ed una eccezione a questa regola per i diritti esclusivamente a questi personali Per decidere la quistione proposta bisogna dunque esaminare se le azioni per nullità e rescissione, o alcuna di esse, si comprendano nella regola generale stabilita da questo articolo, o se in contrario, si comprendano nell'eccezione fatta per i diritti esclusivamente personali. Per noi sta che siffatte azioni non si comprendano punto nella eccezione; che perciò rimangono sotto la potestà della regola. Imprendiamo a provarlo.

Si son sempre distinti in giurisprudenza,

I diritti reali;

I diritti personali

Ed i diritti esclusivamente personali.

I diritti reali sono quelli che han rapporto alla cosa o al fatto della convenzione.

I diritti personali son quelli che sono dati per mero riguardo alle persone in favore o contro le quali sono dati.

I diritti esclusivamente personali sono quelli che non solamente sono accordati per un riguardo a tale persona, ma per lei sola.

469. Fra'diritti personali ed i diritti esclusivamente personali v'è questa differenza, che i *primi*, non altrimenti che i diritti reali, passano agli eredi di coloro a'quali spettano; tal è, per esempio, il diritto che il minore ha di dimandare la nullità o la rescissione degli obblighi che ha sottoscritti nella minorità, mentre i *secondi* si estinguono con la persona ch'era in diritto d'esercitarli. *Non potest dubitari quin pactum personale debeat intelligi ita ut cum persona finiatur*, Mantica de ambig. conveut. lib. 4. tit. 33, n 9, leg. 196 ff. de reg. juris.

470. V'ha un'altra differenza, fra'diritti esclusivamente personali ed i diritti personali, ne'*primi*, la persona, è la causa immediata del privilegio, mentre che nel diritto per-

sonale, la persona è solo la causa secondaria. Philippus Decius, riportando la regola scritta nella legge 196 ff. de reg. juris; *quae personae sunt ad eredem non transeunt*, aggiunge: *Ista regula intelligitur, quando privilegium conceditur intuitu personae, ita quod persona sit causa immediata privilegii, secus si persona non sit causa immediata privilegii.*

Per esempio, quando il legislatore concede alla moglie un'azione per fare annullare gli atti che ha contratti senza il permesso di suo marito, le ha accordata quest'azione non solo in quanto a lei, ma per ragioni d'ordine pubblico, le quali hanno fatto stabilire e proteggere la potestà maritale.

Per esempio ancora, quando la legge dà al minore o all'interdetto un'azione per fare annullare o rescindere i loro obblighi, non è tanto per dar loro un privilegio, quanto per tutelarli da'pericoli cui possono incorrere per la loro tenera età e la poca loro perspicacia ed inesperienza.

471. Si possono citare per esempio de'diritti esclusivamente personali, 1° il diritto d'uso, quello d'abitazione (art 631-559); 2° il diritto che ha la donna di dimandare separazione di beni (art. 1446-1410); 3° il diritto di dimandare gli alimenti a' termini degli art. 205-195 e 206; 4° il diritto di dimandare una riparazione per causa d'ingiurie, diffamazione, ec. ec.

Tutti questi diritti, ed altri della stessa natura, sono esclusivamente personali a colui pel quale sono stati stabiliti; è questo un vero privilegio ch'egli non può cedere, nè abbandonare, e del quale non può in verun modo esser spogliato. Questi diritti non passano agli eredi, agli aveoti causa della persona per la quale la legge gli ha creati. Stimiamo anzi, in generale, che l'azione esclusivamente personale ad uno o più individui si distingua da questa incapacità di trasmissione. Se si tratta di un azione che può esser ceduta sia con atto fra' vivi, sia per testamento, sia per successione, non cade dubbio che questa azione non è punto esclusivamente personale, che perciò si comprende nella regola generale scritta nell'art. 1166-1119; e quindi può essere esercitata da'creditori di colui al quale appartiene. Osservate nullameno che spessso accade, che non ostante che un'azione sia trasmissibile, pure non può essere esercitata da'creditori, ma in questo caso è per eccezione, e come in fatto d'eccezione non si può ragionare da un caso all'altro, uopo è attenersi a quelle che il legislatore ha formalmente pronunciate. Il Codice civile ce n'offre parecchi esempii.

1° L'art. 841-760 dispone, che qualunque persona, anche

parente del defunto, che non è in istato successibile, ed alla quale un coerede abbia ceduto il suo diritto all'eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutti i coeredi o da un solo, rimborsandole il prezzo della cessione.

2°. L'art. 857-776 dispone, che la collazione non è dovuta che dal coerede al suo coerede; non è dovuta a favore de' legatarii, nè de' creditori ereditarii.

3°. L'art. 921-838 dispone, che la riduzione delle disposizioni fra' vivi non può essere dimandata che da quelli in vantaggio de' quali la legge ha stabilita la riserva, da' loro eredi o aventi causa: i donatarii, i legatarii, i creditori del defunto, non potranno dimandare tale riduzione, nè approfittarne.

4°. L' art 1446-1410 interdice a' creditori d' un erede di dimandare la separazione del patrimonio contro i creditori dell'eredità.

Basta leggere questi articoli per rimaner convinto che i diritti che vi si trovano stabiliti sono trasmissibili per via di cessione, o di alienazione, o di successione; nullameno non possono essere esercitati da' creditori. Motivi di convenienza, imponenti ragioni non permettevano il loro intervento ne' diversi casi preveduti da questi articoli. Quando dunque il legislatore gli ne esclusi, non s'è occupato d'esaminare se i diritti suddetti erano o pur no trasmissibili: i principii che l'hanno determinato son ben diversi da quelli dell'art. 1166-1119; i magistrati ed i giureconsulti debbono dunque conformarsi alla sua volontà, senza indagare se le loro decisioni sono in opposizione con quest'ultimo articolo.

472. Posto ciò, la quistione della quale trattiamo è facile a sciogliersi; è certo che le azioni per nullità o rescissione possono trasmettersi, che perciò possono esser proposte da' creditori della persona per la quale sono state stabilite. Se così non fosse, sarebbe d'uopo che il legislatore, nel creare una nullità e un' azione per farla pronunciare, n' avesse limitato l'esercizio, e che l'avesse negato a' creditori, come l'ha fatto per le dimande di nullità de' matrimonii, e per le nullità di procedura.

473. Quest' opinione ci sembra essere una conseguenza necessaria de' principii da noi esposti ne' numeri precedenti, nè ci saremmo dilungati a svilupparla, qualora Toullier non avesse sostenuto un' opinione contraria. Egli cita l' opinione di Duparc-Paulain che dice, a i creditori aver diritto a reclamare, non solo come avrebbe potuto farlo lo stesso de-

debitore, contro gli atti suscettibili di rescissione per lesione di oltre la metà, frodo, errore di fatto, ec; ma di far uso anche de' diritti a' quali egli ha rinunciato » Dopo aver riportato questo brano nel vol. 7 (*edizione belgia di Tarlier*, v. 4) lib. 3, tit. 5, cap. 5, n°. 566, aggiunge: « Duparc Poulain non dà veruna pruova di questa assertiva, che pure meriterebbe d' esser provata; perciocchè la ragione sembra dirci ch' essa sia falsa, almeno perchè troppo grandemente si estende, soprattutto secondo i principii del Codice:

» Io ho sottoscritto innanzi ad un notajo un' obbligazione di 10,000 franchi, in favore di Cajo, con ipoteca sul fondo Corneliano; tre mesi dopo, ho sottoscritto un' altra obbligazione in favore di Sejo, e dippiù ho molti creditori chirografarii. Il fondo Corneliano è pegnorato e venduto: Il prezzo trovasi insufficiente a pagare tutti i creditori. Sejo ed i chirografarii pretendono far rescindere l' obbligazione ch' io ho fatto a Cajo, allegando ch' essa m' è stata estorta per violenza, e che il mio consentimento non è stato libero. Cajo sostiene che la loro dimanda non può aver luogo, perchè io, che sono il solo che possa sapere se la mia volontà è stata libera o forzata, rimango in silenzio. Egli ne conchiude che una siffatta eccezione può esser solo personale; e lo prova con le disposizioni dell' art. 180 che prescrive che colui fra' due contraenti il cui consenso non è stato libero, può solo essere ammesso ad impugnare il contratto. Trattasi, egli è vero de' contratti di matrimonio; ma la ragione che ha dettato questa disposizione, questa ragione ch' *è l' anima della legge*, s' applica ugualmente a tutti i contratti, perchè in fatti, solo colui che ha consentito può dire se il suo consenso è stato libero o forzato; s' è stato mosso dal timore o da una determinata volontà. È dunque nella natura delle cose che l' eccezione, fondata su la violenza, sia meramente personale a colui che l' ha sofferta; perchè supponiamo in fine, nella specie proposta, ch' io sia messo in causa da miei creditori; qualunque sia la mia dichiarazione, tutti i miei beni saranno loro distribuiti, sia agli uni sia agli altri. Io dichiaro che ho consentito liberamente l' obbligazinoe che ho sottoscritta in favore di Cajo, e ch' essa è legittima. Qual giudice oserebbe, contro la mia assertiva, pronunciare che la mia volontà è stata forzata?... Quel che noi diciamo del motivo fondato su la violenza ed il timore, s' applica a' motivi fondati su l' errore, che l' art. 180. dichiara ugualmente personale a quello fra' conjugi ch' è stato indotto in errore. Poichè

in fine, colui che ha contrattato può solo sapere se ha ignorato questo o quel fatto determinante, ed anche s' avrebbe contratto non ostante la conoscenza di questo fatto.

» Dicasi lo stesso de' motivi di dolo. Qualunque sieno i rigiri usati per indurmi a consentire, io solo posso sapere se siano i rigiri che mi hanno mosso · *an causam dederunt contractui.*

» In quanto a' motivi di lesione, il venditore può solo sapere se ha ricevuto un valore maggiore di quello espresso nel contratto, o facendo questo contratto, egli non froda nè i suoi creditori posteriori, perciocchè essi non esistevano punto nel tempo del contratto, nè i suoi creditori anteriori, perciocchè essi sono ipotecarii, ed hanno il diritto di fare un' offerta maggiore; se nol sono, non avevano il diritto d' impedire il loro debitore di vendere a contanti un fondo sul quale non avevano verun diritto, e che egli ne riceva il prezzo intero ed anche anticipato. E colpe loro d' essersene rimasti su la fede di lui e non aver preteso una cautela ».

Questa maniera di ragionare ci sembra erronea e ripugnante alle più semplici regole della giustizia e della legge — Crediamo che le ragioni adotte da Toullier, valgano da loro stesse a provare quanto poco sia fondata la sua opinione, e soprattutto non valgon punto a scemare i principii che noi abbiam proposto a fondamento della nostra. — È incontrastabile che l'art. 1166-1119 chiama i creditori ad esercitare i diritti de' loro debitori, eccetto quelli che sono esclusivamente legati alle loro persone. — Un' altra cosa ugualmente certa è, che l' azioni di nullità e di rescissione, non sono punto esclusivamente legate alla persona per la quale sono state create. Abbiam veduto in fatti che esse passavano a' creditori, che potevano cedersi, ec, ec. — Onde la conseguenza necessaria in diritto, che i creditori possono esercitare queste azioni in nome del loro debitore. — Toullier non si dà la briga di confutare questa conseguenza, egli schiva di discuterla, e si limita ad adottare la contraria opinione, e a farla risultare dallo disposizioni dell' art. 180, e d' alcune circostanze tolte dalla difficoltà di provare l' errore, la lesione, ec. ec. Ma in prima, a qual proposito citare l' art. 180? quest' articolo prevede il caso nel quale un matrimonio siasi contratto senza il consenso libero degli sposi, o di uno di essi; o dispone che il matrimonio non possa essere impugnato che da essi, o da quello fra' due il cui consenso non è stato libero.

Quale analogia si può trovare fra le nullità del matrimonio e le nullità delle convenzioni in generale? Non è cer-

to che le prime poggiano su motivi totalmente opposti a quelli che han dato luogo all' altre ? e che soprattutto sta per principio, che le nullità di matrimonio debbano esser ristrette per quanto più è possibile, essendovi sempre maggiori inconvenienti ad annullare simili contratti che a mantenerli. *Supra* n. 387.

Questa differenza appare chiaramente dallo stesso art 180; perciocchè, si sa che l'azione per nullità, risultante dalla violenza usata in un contratto ordinario, dura dieci anni (art. 1304-1258), mentre che ne'matrimonii la coabitazione de' conjugi per sei mesi, dopo che hanno acquistato la loro piena libertà, non gli fa essere ammessi nella loro azione. (art. 181)

Da ultimo, ciò che rende incontrastabile questa differenza, è che il legislatore s' è occupato, in un capitolo separato della nullità de' matrimonii, ed ha trattato separatamente anche delle nullità delle convenzioni a contratti in generale, sottoponendole a condizioni o dilazioni diverse.

Si comprende poi che non v' ha nè analogia necessaria fra le diverse disposizioni che contiene il Codice su le azioni di questo genere; che negando a'creditori il diritto d'impugnare un matrimonio del quale i conjugi si sono oramai contentati, il legislatore vi si è indotto per motivi d' ordine pubblico, rispettati mai sempre; ma era ben lontano dal suo pensiero il volere privare i creditori del diritto loro concedulo dall'art. 1166-1119 per gli altri contratti in generale.

In secondo luogo, Toullier poggia la sua opinione su le circostanze del fatto: egli crede che colui che s'è ingannato, o ch'è stato ingannato possa solo dire qual sia stata la causa determinante della sua volontà, e che i suoi creditori non possano avere questa conoscenza personale. — Se Toullier pretendesse esser più difficile a' creditori il somministrare la pruova dell' errore, dolo, ee, di quello che al loro debitore, il suo ragionamento sarebbe giusto; ma volere cho questa difficoltà sia una causa d' esclusione, che produca una mancanza di qualità, non v' ha nulla che lo giustifichi. Certo, quegli che fosse stato vittima della violenza, dell' errore, del dolo, sarebbe più che ogni altro nel caso di far conoscere le vie di fatto, i rigiri usati per determinare la sua volontà. Pure i fatti possono essere conosciuti per mezzo altrui, i creditori della vittima possono esserne stati informati. Or, qualora ciò fosse, perchè essi non dovrebbero innalzare la voce per dimandare riparazione del pregiudizio sofferto da loro debitori, l' art. 1166-1119 non dà loro que-

sto diritto in un modo generale? Che cosa potrebbero opporre i terzi che hanno usato dolo e violenza per conservare un utile illecitamente acquistato? E non potrebbe sempre opporsi loro quella regola fondamentale « *che la legge naturale la quale proibisce usar mezzi illeciti per estorquere o carpire un consenso, proibisce ancora, indubitatamente, di trarre alcun profitto dalle promesse che ne fossero la conseguenza.* Puffendorf, Diritto della natura, lib. 3, cap. 6. § XI e XII

« L'errore in che ci pare esser caduto Toullier, si manifesta evidentemente dall'applicazione ch'ei fa all'azione per causa di lesione, de' principii da lui adottati. Egli pretende che il venditore non sia in istato di poter conoscere se abbia ricevuto un valore sufficiente. . . . D'altra parte, ci dice: « se il creditore ha un'ipoteca, può mettere un dippiù sul prezzo » . . . se non può farlo . . . . . se non è abbastanza ricco, dovrebb'essorne punito dichiarandolo decaduto dal diritto giusto e legale che deve avere ogni individuo di preservarsi da un'enorme lesione? Questa perdita di diritto sarebbe rigorosa se fosse scritta nella legge; nè può d'altra parte presupporsi, tosto che il legislatore non la pronuncia. Toullier continua, e dice: « Se il creditore non fosse ipotecario, non potrebbe vietare al suo debitore di vendere, a contanti, un fondo sul quale egli non avea verun diritto, e di riceverne il prezzo, anche anticipatamente; è colpa sua d'essersene rimasto su la fede di lui, e non aver pretesa una cautela. » — Questo ragionamento sarebbe giusto se la vendita avesse luogo senza lesione, ma esistendo la lesione, la vendita non può altrimenti considerarsi come fatta ne' termini del diritto comune, ed il creditore ha diritto d'intentare l'azione per lesione in nome del suo debitore — « Questi, dice Toullier, poteva vendere »; ciò è vero, ma egli non l'ha fatto liberamente, con conoscenza di causa; egli non è irrevocabilmente legato dalla vendita che ha consentito, perciocchè questa può rescindersi per causa di lesione. Or, s'egli ha questo diritto, lo che è indubitato, perchè non dovrebbe averlo il suo creditore? Perchè arbitrariamente modificare in suo danno la regola generale contenuta nell'art. 1166-1119? È vero che non ha ipoteca, ma ha diritti su tutti i beni del suo debitore (art. 2092-1962), e l'azione per rescissione fa parte di questi stessi beni. Quest'ultimo articolo, combinato con l'art. 1166-1119 gli dà dunque qualità, ed il compratore non ha veruna ragione legittima per conservare un utile illegittimo

474. Dopo aver esaminato alcune delle cause più generali dell' azione per nullità e dell' azione per rescissione, Toullier s' occupa del motivo fondato su la mancanza di permesso della donna maritata o su la minorità, e decide che i creditori del minore o della donna maritata non possono prevalersi della loro incapacità, e dimandare in loro nome la nullità de loro obblighi.

Noi non possiamo esser del sentimento di Toullier, relativamente a queste due specie particolari. Ed in prima, relativamente all' azione del minore, essa si comprende, secondo noi, nella regola generale dell' art. 1166-1119. In fatti, noi abbiamo detto, secondo Filippo Decio, che un diritto era esclusivamente legato alla persona, solo in quanto era stato accordato a questa persona e unicamente a suo riguardo: *Quando privilegium conceditur intuitu personae, ita quod persona sit causa immediata privilegii*; o che non potevano esser trasmessi. Or, è positivo che l' azione per restituzione accordata al minore, non gli è stata accordata per la considerazione ch' egli era minore, ma sì perchè era leso: *Restitutio non spectatur principaliter personam minoris, sed deceptionem, seu laesionem.* Mornac lib. 4, tit. 4, leg. 20, § ult. tit. de minorib.

D' altra parte, l' azione per restituzione può trasmettersi; essa passa agli eredi del minore, con lo stesso carattere che aveva in lui; essi possono intentarla come avrebbe potuto fare egli stesso, e per tutto il tempo che gli rimaneva, all' epoca della sua morte, prima che fosse caduta in prescrizione. Leg. 3. § 9. leg. 18, § 5, *de minor.*

Malamente Toullier vuole indurre il contrario, dalle disposizioni dell' art. 2012-1884, il quale prescrive che la fidejussione può solo sussistere per un' obbligazione valida, ma che si può nullameno prestare la fidejussione per un' obbligazione la quale possa essere annullata da un' eccezione *meramente personale all' obbligato*; per esempio nel caso della minorità, ec. Questo articolo non dice punto che l' azione di un minore sia *esclusivamente* annessa alla sua persona, si limita solo a dire ch' è un' azione *meramente personale*, ciò ch' è ben diverso, secondo quello che noi abbiam detto *supra* n. 468. — D' altra parte, non cade dubbio che il legislatore parlando delle eccezioni meramente personali, nell' art. 2012-1884, non ha avuto in mira che l' eccezioni accordate ad un incapace, in opposizione alle parti capaci che avean contratto seco lui. Egli ha avuto solo l' intenzione di rinnovare gli antichi principii, secondo i quali l' eccezione tolta dalla minorità non dovea gio-

vare al fidejussore. Si giudicava in tal modo, non perchè questa eccezione fosse legata esclusivamente alla persona del minore, ma sibbene perchè reputavasi che il fidejussore fosse stato chiamato pel solo motivo che il minore non potendosi validamente obbligare, il creditore aveva voluto una garanzia. In questo caso, il fidejussore ha rinunciato a prevalersi dell'eccezione tolta della minorità.

475. Passando all'azione per nullità risultante dalla mancanza di permesso maritale, è certo che la quistione proposta dev' esser risoluta diversamente, ma da ciò non deriva ch abbia a scemarsi l'autorità de' principii su esposti. Non si tratta, in fatti, di vedere se questa azione può trasmettersi o pur no; non si ha ad investigare s'essa sia o pur no esclusivamente legata alla persona de' conjugi, la legge è formale, essa dispone con l'art. 225-214, che la mancanza di permesso non può opporsi che dalla moglie, dal marito o degli eredi. I loro creditori dunque nol possono punto; e la loro mancanza di qualità è tolta, non dalla natura dell'azione competente alla moglie, ma dall'esclusione onde sono colpiti. Poco importano i motivi: l'esclusione esiste, i tribunali debbono ammetterla. Siffatta disposizione punto non esiste per gli altri casi di nullità, non esiste soprattutto pe' minori; inconvenientemente Toullier vorrebbe render comune a tutte le azioni per nullità che fossero personali, la regola contenuta nell' art. 225-214, ingegnandosi di trovare in quest' ultimo articolo la pruova de' principii che ha sviluppati ne' numeri precedenti.

Osservate, del resto, quanta differenza siavi fra la causa di nullità risultante dalla mancanza di facoltà accordata alla moglie, e la causa dell' azione accordata al minore. La prima non è fatta tanto per tutelare l'avere della moglie, quanto per rendere un omaggio alla potestà maritale; all'opposto, la seconda ha solo per fine di conservare il patrimonio del minore. La prima ha per oggetto di risarcire l'attentato fatto all' autorità del marito, essa è concessa *principaliter intuitu personae*; la seconda non ha altro oggetto che il patrimonio del minore; essa non è punto accordata in considerazione della sua persona, *minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus*.

476. Malgrado questa differenza nelle disposizioni della legge e soprattutto ne' suoi motivi, alcuni giureconsulti, mossi della generalità dell' espressioni dell art. 1166-1119, avevano voluto concedere ai creditori della donna maritata il diritto d'esercitare, in luogo e vece di essa, l'azione per nullità,

risultante dalla mancanza del permesso maritale; ma l'opinione contraria è prevalsa — Vedasi una decisione della Corte di Angers, che ci sembra aver stabilito i veri principii. Decisione del 1° Agosto 1810; Sirey 1814, p. 1-44 — Vedasi la seguente decisione della Corte di Grenoble, del 2 agosto 1827.

Il 22 Agosto 1815, Marianna Jacob, moglie di un tal Allard, sottoscrisse, senza il permesso di suo marito, un obbligo di mille franchi, in favore di Antonio Jacob, suo fratello. — Contrasse ella poi parecchi altri obblighi con la vedova Mayouse — Dopo la morte di suo marito, e con atto del 20 maggio 1821, Marianna Jacob dichiarò voler ratificare l'obbligo del 22 agosto 1815, o rinunciare a prevalersi della mancanza di facoltà maritale. Intanto trovandosi aperto un giudizio di collocazione sul prezzo de' beni di Marianna Jacob, venduti per espropriazione forzata, la vedova Mayouse impugnò la reclamata anteriorità al primo grado reclamato da Antonio Jacob o suoi eredi; sostenendo che quell'obbligo era nullo per esser stato fatto senza la facoltà maritale.

Gli eredi Jacob risposero che la nullità, fondata su la mancanza del permesso del marito, non poteva, secondo l'art. 225-214, essere opposta se non dalla moglie, dal marito, o da' loro eredi; onde risultava che la vedova Mayouse, creditrice della moglia non autorizzata, non poteva essere ammessa a prevalersi di questa nullità.

La vedova Mayouse replicava, che secondo l'art. 1166-1119, i creditori potevano esercitare tutti i dritti ed azioni de' loro debitori; e sosteneva che quest' articolo derogava all'art. 225-214. Nel 6 dic. 1826 sentenza che ammette questo sistema di difesa. — Appello. — La Corte, atteso che l'obbligo fatto con atto del 22 agosto 1815, da Marianna Jacob, moglie di Claudio Allard, era mancante del permesso del marito; che quest' obbligo è nullo a' termini dell' art. 217-206, ma questa nullità può essere solo opposta, secondo l' art. 225-214, dalla moglie, da suo marito, o da' loro eredi; che la legge non ha messo in questa categoria i creditori; che quest' articolo è limitativo, potendo solo opporsi le nullità dalle persone ivi nominate: che l' art. 1166-1119 permette è vero a' creditori di esercitare qualunque diritto ed azione de' loro debitori, ma, oltre che lo stesso articolo non v' include i diritti esclusivamente personali, non deroga punto l' art. 225-214 ch' è un articolo speciale; che in tal modo le azioni contro le obbligazioni della moglie, sono eccettuate dalle disposizioni generali del detto art. 1166-1119, dall'art. 225-214,

od anche dell'art. 2012-1884, il quale dispone che la fidejussione può solo sussistere per un' obbligazione valida, e che aggiunga « Può ciò non ostante prestarsi la fidejussione per una obbligazione la quale potesse essere annullata da un' eccezione meramente personale all'obbligato, per esempio nel caso di minorità »; che un altro esempio il quale è identico, e che si può aggiungere, *come nel caso della moglie non autorizzata*; onde nasce che l'eccezione di non autorizzazione del minore o della donna maritata, essendo un' eccezione che loro è meramente personale, non può essere opposta da'loro creditori, ec. ec. — (La Corte inconvenientemente paragona l'azione accordata al minore e quella accordata alla donna maritata: non v' è identità perfetta fra queste due azioni noi l'abbiamo provato).

477. Riassumendo i principi che debbono servire di base alla soluzione delle quistioni proposte, stimiamo che i creditori abbiano sempre qualità per agire a nome del loro debitore per l'azione di nullità e di rescissione che la legge ha ad esso accordata; è questa una conseguenza dello disposizioni generali dell'art. 1166-1119. — V' è eccezione, 1° pe' casi ne' quali *fosse provato* che l'azione per nullità è esclusivamente legata alla persona del debitore. Noi diciamo quanta volte fosse provato, perciocchè essendovi il menomo dubbio, bisognerebbe attenersi alla regola generale. — 2° Pe' casi ne' quali trattandosi di un'azione che non fosse esclusivamente personale, la legge n' avesse fatto un' espressa eccezione, come nel caso dell'art. 225-214. — Da ultimo, noi stimiamo che le sole azioni che non si possono cedere nè trasmettere sieno quello che possono dirsi esclusivamente legate alla persona di un individuo.

478. Un creditore può proporre una nullità di procedure che il debitore stesso non propone, quantunque no abbia il diritto? Crediamo di no. Per potere avere questo diritto il creditore, bisognerebbe ch' ei intervenisso, e sta per principio che l'intervento in causa può esser conceduto solo a colui che ha interesse al merito della contestazione, per modo che, se non fosse stato chiamato, avrebbe il diritto di opporsi come terzo contro il giudicato. Or, non v'ha dubbio che se il debitore trascurando di proporre la nullità della procedura, non fa che difendersi nel merito, e che ove la sentenza sia emessa, il creditore non ha verun diritto di opporsi come terzo; che anzi sarebbe derisorio s'ei potesse essere ammesso a dolersi che il suo debitore non abbia proposta questa nullità. Conformemente a questi prin-

cipit, è stato deciso che un creditore iscritto non aveva qualità per prevalersi della nullità commessa in pregiudizio della parte sequestrata, o stabilita in favore di essa. Decisione di Cassazione del 23 luglio 1817, Dalloz, t. 24 p. 125; Sirey, 1819, p. 6. (1).

479. Il fidejussore può proporre od opporre la nullità dell'atto, o della convenzione nulla o annullabile?

Sì, se l'obbligazione è affetta da un vizio reale, di un vizio che attacca la sua sostanza, come per esempio, se fosse il risultamento della froda, dell'errore e della violenza, ec.

No, se la nullità è meramente personale al principale obbligato. Arg. dell'art. 2012-1884, *leg.* 7, § 1; *et leg.* 19, *ff. de exceptionibus.* — Vedasi però il capitolo seguente, sezione 3.

480. Le azioni per nullità o per rescissione che un individuo ha qualità per far valere sono, come le altre azioni in generale, una parte del suo patrimonio; esse possono essere esercitate non solo da quest'individuo, ma eziandio da' suoi rappresentanti legali, val quanto dire, da tutti coloro cui per legge è affidata la custodia e l'accrescimento di questo patrimonio.

481. Così, 1° il tutore ha qualità per dimandare la nullità degli atti consentiti dal padre del minore, o da uno di coloro ch'ei rappresenta, e che fossero affetti da un vizio tale da far diventare l'atto nullo: solamente se l'azione che si propone d'intentare fosse immobile, deve farsi autorizzare dal consiglio di famiglia, art. 464-387.

Egli ha pure il diritto di dimandare, a nome del minore, la nullità o la rescissione degli obblighi che questi avesse sottoscritto nella minorità, non essendovi veruna disposizione della legge che prescriva che l'esercizio dell'azione per

(1) Noi non esiteremmo ad ammettere il creditore a reclamare per via d'intervento in causa il beneficio di quelle nullità sostanziali le quali impediscono al magistrato di discendere al merito, e però danno causa vinta all'opponente. Un appello inammessibile, un appello nullo, un appello perento, sono eccezioni che secondo noi, ove non venissero opposte e reclamate dal debitore, potrebbero esserlo dal creditore, sì perchè costituiscono il fondo della controversia, sia perchè nella omissione si ric ude una colpa o una frode. Che perciò, ove venisse in questi casi negato, potrebbe dirsi che l'azione della legge sarebbe davvero una derisione per i creditori cui venne accordata.

Ben vero il dritto debb essere sperimentato a tempo utile, o sia fina a che *res est integra*, e non sia stata pronunziata la decisione del magistrato, onde non ne derivi l'assurdo che il creditore possa fare e dire quel che fare o dir non potrebbe il debitore da cui questi ritrae quel dritto

nullità o per rescissione, tolte dall' incapacità del minore, sia sospeso sino alla sua maggiorità, il tutore non può esser costretto ad aspettare sino a quell'epoca. Che anzi vi sono delle circostanze nelle quali il menomo indugio potrebbe esser dannoso agl' interessi del minore, e sarebbe per ciò un grave errore che comprometterebbe la responsabilità del tutore.

Al quale non potrebbe impedirsi d'agire, pel solo motivo, ch' avesse garentito l' obbligo sottoscritto dal minore. Inutilmente gli si opporrebbe la regola: *Eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Perciocchè i suoi interessi essendo separati da quelli del pupillo, le obbligazioni che ha contratto verso un terzo non debbon essergli di ostacolo a compiere il suo dovere verso il minore. Agendo in tal modo, il tutore è più degno di lode che di biasmo, perciocchè è decoroso il vedergli preferire gl' interessi che gli sono affidati, agli interessi suoi proprii. La regola anzidetta può solo applicarsi allorquando quegli la cui azione può esser respinta da un' azione che gli è personale, agisce in nome proprio. Or, in questo caso il tutore non agisce per se, egli agisce nell' interesse del suo pupillo, e sarebbe ingiusto che la difesa di costui potesse paralizzarsi per una causa che gli è estranea.

2°. Il marito la cui moglie s' ha costituito tutti i suoi beni, ha solo qualità per esercitare le azioni rescissorie e le azioni per nullità che spettavano alla moglie prima del matrimonio. Queste azioni sono una specie di beni, esse sono comprese per conseguenza nella restituzione generale, è sta nella potestà del marito l' esercitarlo. Arg. degli art. 1549-1362, 1562-1375.

3°. Il più prossimo parente dell' assente, avendo ottenuto il possesso provvisorio de' suoi beni, ha solo qualità per intentare l azione per nullità e per rescissione degli obblighi sottoscritti da quest' assente, prima della sua partenza. Decisione del Parlamento di Tolosa del 27 aprile 1660, sul rapporto di Dolivier — Catelan lib. 2, cap. 58.

4°. L' erede beneficiario, il curatore di un' eredità giacente, hanno pure qualità per proporre la nullità di un obbligo sottoscritto dal defunto; questo diritto deriva dalla loro qualità di amministratori.

5°. Per la stessa ragione i sindaci di un fallimento hanno qualità per fare istanza per l' annullamento o la revocazione degli atti fatti in frode de' creditori. Pardessus, Dritto commerciale, (t. 5 *edizione belga di Tarlier*), n°. 1227. — Essi hanno ugualmente dritto per dimandare l' annullamento o

le rescissione di un atto che, sebbene non fatto in frode, sia nondimeno vizioso e suscettibile d'essere impugnato per qualunque altra ragione. Il sequestrato, essendo privato dell'amministrazione de' suoi beni (art. 528-520 Codice di Commercio), non ha più l'esercizio delle sue azioni, ed i sindaci, quantunque agiscano nell'interesse della massa de' creditori, sono inoltre i rappresentanti del fallito per tutto ciò che riguarda i suoi beni. Ciò è tanto vero, che il creditore di un fallimento al quale sono stati nominati de' sindaci, è senza qualità per impugnare in nome proprio, anche come viziati di frode, gli atti fatti dal fallito. Siffatta azione spetta sole alla totalità de' creditori, e questi non hanno altri rappresentanti se non i sindaci. Decisione di Cassazione, del 9 aprile 1829; Giurisprudenza del 19° s. 1829, 1. 189.

482. Abbiamo detto *supra* n° 414 e 431, che un semplice privato non aveva qualità per dimandare in nome proprio le nullità di un atto immorale, e soprattutto contrario all' ordine pubblico; l'esercizio di questa azione essendo affidato a' magistrati che fanno le funzioni del ministero pubblico. I principii che noi abbiamo stabiliti (da' quali risulta, 1° che pel semplice privato la nullità è senza dimanda, o che almeno non ha il diritto di dolersi; 2° che non si deve mai ammettere un' azione le cui conseguenze sarebbero più dannose all' ordine pubblico di quello che mantenere l'atto contro il quale quest' azione è diretta), ci hanno indotto a credere che i magistrati della procura non possano proporre una nullità se non ne' casi indicati dalla legge, o ne' casi che, non essendo preveduti dal legislatore, nullameno gli atti non potrebbero convenire con l' ordine pubblico.

Molti giureconsulti e molte Corti reali avevano creduto e deciso che nelle materie riguardanti l'ordine pubblico, i regi procuratori: potevano esercitare *ex officio* l'aziono per nullità; fra gli altri motivi, poggiavano la loro opinione su l'art 46 della legge del 20 aprile 1810, in fine del quale era una disposizione del tenore che segue: « Il ministero pub» blico vigila all' esecuzione delle leggi, delle sentenze e » de' giudicati; egli *ex officio* fa istanza per questa esecuzio» ne nelle disposizioni che interessano l'ordine pubblico ». — Vedansi due arresti della Corte di Bruxelles, Sirey, 1818, p 273

Ma è prevalsa la contraria opinione, come risultante evidentemente dalle stesse art. 46, che dispone: che in materia civile il ministero pubblico agisce *ex officio* ne' casi specificati dalla legge, e dall art. 2, tit 8 della legge del 16

agosto 1790 del tenore seguente « Negli affari civili, i procuratori del re esercitano il loro ministero, non per via di azione, ma solamente per dimanda nelle cause addotte innanzi al tribunale.

La Corte di Cassazione molta volte ha giudicato in questo modo; segnatamente il 26 agosto 1807, Sirey 1807, p. 473 — Con due decisioni una del, 1° agosto 1820, l'altra del 5 marzo 1821; Dallos, t. 19, p. 279 e seguenti Nella specie in quistione, trattavasi di sapere se il ministero pubblico poteva appellare di una decisione che aveva dichiarato un matrimonio nullo; la Corte s'è dichiarata per la negativa. — Ecco la specie dell'ultima di queste decisioni

Il 20 luglio 1813 fu contratto matrimonio fra Pietro Laborie e Perrette Coudère, innanzi l'ufficiale dello stato civile del comune di Saint-Denis, circondario di Cahors, dipartimento del Lot.

Nel corso del 1816, citazione per annullamento del detto matrimonio, fatta da Laborie a Perrette Coudère, innanzi al tribunale del detto circondario.

Questa fece costituzione di patrocinatore, per mezzo del quale conchiuse nel modo stesso che avea fatto Laborie.

Il 29 aprile 1816, sentenza che ammette Laborie a provare, tanto con titoli, quanto con testimoni, che il matrimonio era stato contratto clandestinamente, e fuori della casa comunale, che le parti non hanno convivuto come conjugi, non hanno avuto commercio fra di lore, nè questo matrimonio è stato benedetto d'alcuna cerimonia religiosa.

Il 16 maggio seguente, pruova in contraddizione con Perrette Coudère.

Il 27 dello stesso mese, decisione definitiva del tenore seguente :

» Inteso il regio procuratore, atteso che per una sentenza del 29 aprile ultimo, Laborie è stato ammesso a provare che il suo matrimonio con Perrette Coudère è stato celebrato clandestinamente e fuori della casa comunale, che le parti non hanno convivuto come conjugi, nè hanno avuto commercio fra di loro; che questo matrimonio non ha ricevuto veruna benedizione religiosa;

Atteso che nella pruova del 16 maggio corrente, Laborie ha eseguita la detta interlocutoria, e che risulta che il consenso al detto matrimonio non è stato to pensatamente

Per questi motivi, il tribunale annulla il detto matrimonio, e dichiara la parti libere ».

Il 10 febbrajo 1817, Laborie passò a seconde nozze, e-

gli sposò Antonietta Bousquet senza opposizione: la celebrazione fu fatta nella casa comunale di Croissac: tutte le formalità volute dalla legge furono osservate.

Il dimane 11 febbrajo, notifica a Laborie e a Perrette Coudère di un atto col quale si faceva loro conoscere, che il regio procuratore della Corte di Agen s'appellava *ex officio* di una sentenza interlocutoria del 29 aprile, e della sentenza diffinitiva del 27 maggio 1816, pronunciata dal tribunale del circondario di Cahors. Con lo stesso atto, erano citati a comparire innanzi la detta Corte, per sentir riformare queste due decisioni, ed in conseguenza dichiarare regolare e valido il matrimonio da loro contratto il 26 luglio 1813.

Innanzi la Corte, conchiusero l' uno e l' altro perchè l'appello del procuratore generale fosse dichiarato irrecettibile e sussidiariamente mal fondato.

Il 14 gennajo 1818, decisione che, senza intrattenersi de' motivi dell' irricettibilità, facendo anzi diritto all' appello suddetto, dice essersi malamente giudicato; che per ciò riformando, dichiara regolare e valido il matrimonio celebrato il 20 luglio 1813 fra il detto Laborie e la detta Coudère; ordina ch' eglino convivano insieme fra' vincoli del detto matrimonio, e che dippiù della presente decisione se ne faccia menzione in margine dell' atto di matrimonio suddetto, su'registri dello stato civile del comune di Saint-Denis.

La Corte considerò, fra gli altri motivi che l' azione conferita al ministero pubblico dagli articoli 184-190 e 191 era un' eccezione al principio stabilito dall' art. 2, del tit. 8 della legge de'16 e 24 agosto 1790, dov' è disposto che il ministero pubblico in linea civile agisce *solo mediante dimanda.*

» Che il diritto di fare riformare un atto vizioso comprendeva implicitamente e dava nel tempo stesso, con più forte ragione, il diritto di far mantenere un atto regolare; ch' era chiaro che lo scopo del legislatore, negli art 184-190 e 191 era stato quello di assicurare il mantenimento del buon ordine, e che laddove concorressa un motivo tanto impellente, egli doveva esercitare la stessa influenza, ed agire con la stessa efficacia, secondo l' assioma: *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*; che se l' azione del ministero pubblico, in siffatto caso, non era abbastanza autorizzata dal testo della legge, nullameno uopo è convenire ch' essa era una conseguenza immediata dell' intenzione della legge stessa, essendo stata prescritta nell' interesse de' costumi e dell' onestà pubblica; che l' opinione contraria potrebbe dar luogo

a' più grandi abusi, perchè sovente potrebbe avvenir di veder de conjugi volubili ed incostanti, sottrarsi al divieto della legge, e far accogliere una dimanda di divorzio, dando alla loro azione l' apparenza di una dimanda per nullità di matrimonio ».

Laborie dimandò l' annullamento di questa decisione per violazione dell' art. 2, del tit. 8 della legge del 16 e 24 agosto 1790, e per erronea applicazione degli art. 184-190 e 191, ed in appoggio della sua dimanda disse, fra l' altro:

Se il procuratore generale aveva azione principale, conforme all' art. 191, per dimandare *ex officio* l' annullamento del mio matrimonio con Peretta Coudère, per la mancata pubblicità, veruna legge gli permetteva di servirsi di questo mezzo per farlo dichiare valido, quando è stato annullato da un giudicato. Non sempre che l' ordine pubblico è compromesso, il ministero pubblico ha il diritto d' azione, questo diritto gli è solo conferito ne' casi speciali e limitati. La legge nel dargli questo diritto in taluni casi di nullità dei matrimonj, ha avuto solo per fine che il tribunale ne fosse informato. Essa non può sopporre che i magistrati si lascino sorprendere dalla connivenza delle parti. D' altra parte, il ministero pubblico debb esser sempre presente per fare le sue conclusioni, e dar tutti gli schiarimenti al tribunale per via di dimanda.

Questi motivi furono accolti; e con decisione del 5 marzo 1821 sul rapporto di Ruporon; la Corte, veduto l' art. 2 del tit 8 della legge del 16 e 24 agosto 1790 e gli art. 184 e 191.

Atteso che a' termini del detto art. 2 il ministero pubblico non può agire, in materia civile, se non per via di dimanda, nelle cause per le quali si è ricorso al tribunale.

Che da quest'articolo deriva il principio sanzionato dalla giurisprudenza, e, d' altra parte, formalmente espresso nell' art. 46 della legge del 20 aprile 1810, che il ministero pubblico per potere agire *ex officio* in materia civile, ha bisogno d' esservi specialmente autorizzato da una legge espressa;

Atteso che il ministero pubblico può dimandare la nullità di un matrimonio per contravvenzione a taloni articoli del Codice civile, perchè v' è specialmente autorizzato, come si vede negli art. 184 e 191;

Atteso ch' egli non può agire *ex officio* per fare confermare un matrimonio, qualora le parti abbiano dimandato ed ottenuto in giustizia la nullità di questo stesso matrimonio, per contravvenzione a qualche disposizione del Codice civile,

1° Perchè la legge non gliene dà il diritto;

2°. Perchè in materia di attribuzioni eccezionali e speciali, non si può conchiudere da un caso all' altro;

3°. Perchè l'estensione di siffatte attribuzioni è un diritto spettante al solo legislatore, e che non è in potere de' tribunali;

4°. E finalmente, perchè non v'è veruna analogia fra il caso nel quale si tratta di fare annullare un matrimonio scandalosamente fatto in onta alla legge, e quello nel qual si tratta di sostener valido un matrimonio che i tribunali hanno annullato con conoscenza di causa, sulla dimanda delle parti, dopo avere inteso il ministero pubblico; — che nel primo caso l'azione del ministero pubblico è necessaria per dar conoscenza a' tribunali di un matrimonio che le parti hanno interesse a non manifestare, e che nel secondo le parti hanno avuto ricorso a' tribunali i quali hanno sentenziato;

Da tutto ciò risulta che la Corte di Agen ammettendo l'appello prodotto dal suo procuratore generale, ed annullando in conseguenza le decisioni del tribunale civile di Cahors, ha violato l' art. 2, del tit. 8 della legge de' 16 a 24 agosto 1790, ed erroneamente applicato gli art. 184 a 191; e commesso un eccesso di potere;

Per questi motivi, la Corte cassa, ec. ec.

483. Abbiamo detto che le azioni per nullità e le azioni per rescissione possono essere esercitate dagli eredi. Or, come nelle convenzioni ed i contratti l'effetto dell'annullamento è generale, in modo, che s'esso giova o nuoce ad uno degli eredi, deve giovare o nuocere a' suoi coeredi, ne risulta che un erede non può agire solo, e qualora voglia proporre un' azione per nullità o per rescissione, egli non può essere ammesso ad agire se nol faccia congiuntamente a' suoi coeredi, o che gli abbia messi in causa perchè il giudizio che avrà luogo fosse loro comune. Così è stato deciso dalla Corte di Cassazione che l'azione per nullità di una transazione o per risoluzione di una vendita per mancanza di pagamento del prezzo, era indivisibile, val quanto dire che, se uno degli eredi del venditore esercitava solo quest'azione per la sua parte e porzione, dovesse esser dichiarato inamissibile sino a tanto che non avesse messo in causa i suoi coeredi. Ecco la specie di questa causa.

Nel 1792 vendita fatta dal generale Dugommier mediante 600, 000 franchi all'incirca, di una casa sita alla Guadaloupe, al Sig. Bruedeau, che la vende quindi alla signora Thomas.

Una porzione del prezzo di questa vendita non era stata ancora pagata, quando il generale Dugommier morì.

Lasciava una figlia, la signora Collet e tre figli, tutti quattro accettarono l'eredità, ma col beneficio dell' inventario. La vedova del generale Dugommier dichiarò rinunciare alla comunione e limitarsi alle sole spettanze matrimoniali, che fece liquidare, facendone istanza pel pagamento contro la signora Thomas.

Agli 8 dicembre 1807 vi fu una transazione fra la Thomas e la vedova Dugommier

Il 21 dello stesso mese, la signora Thomas rivendè la casa suddetta a' signori e signora Venture de Paradis, con la condizione di pagare alla vedova Dugommier il prezzo convenuto con la transazione

Prima causa, vivente la vedova; dimanda per rescissione della transazione per mancanza di pagamento.

Prima che la causa fosse decisa, la vedova Dugommier morì, lasciando per eredi la signora Collet e un figlio, il signor Chevrigny Dugommier.

Intanto i signori e signora Venture de Paradis non pagando il prezzo da loro dovuto, la Signora Collet produsse contro essi, tanto in nome proprio quanto so occorresse in nome di suo fratello il Signor Chevrigny Dugommier, due dimande, una per rescissione della transazione, l'altra per la risoluzione della vendita.

Ma una sentenza del 19 agosto 1822, confermata da una decisione del 22 novembre seguente, decise ch'ella poteva agire solo in nome proprio.

Restringendo, in conseguenza le sue conclusioni, proseguì la sua duplice istanza solo per quella parte e porzione della quale ella era erede

Il 19 luglio 1823 due decisioni pronunciate dalla Corte reale della Guadeloupe, dichiararono che la signora Collet non poteva essere ammessa senza l'intervento in causa di suo fratello, atteso che tanto la transazione, quanto la vendita, non potevano essere annullate in parte, che perciò era necessario il concorso di tutti gli eredi

Il signore Dugommier e la signora Collet ricorsero contro questa decisione Essi dissero: In prima, ogni crede è in possesso della sua parte, in virtù della regola: l'erede entra nel possesso dell'eredità nel momento in cui muore il padrone. Vi è insiememente e di pieno diritto, divisione dell'azioni attive e passive; come dunque sarebbe possibile di subordinare l'azione che appartiene ad uno degli eredi alla condizione che tutti i suoi coeredi consentissero ad unirsi a lui, ec ec.

I convenuti si resero contumaci: il 6 di maggio, decisione del tenore seguente. Attese che a norma degli antichi principi, attestati da Pothier, e confermati dagli art. 1224-1177, 1670-1516 e 1685-1531, la rescissione di un'obbligazione o la risoluzione di una vendita non può esser parziale; che in fatti colui che ha fatto una transazione, come colui che ha acquistato un immobile ha contratto solo nella fiducia che l'atto sarebbe eseguito nella totalità; che d'altra parte la rescissione di un'obbligazione o la risoluzione di una vendita non possono esser dimandate da uno degli eredi solamente per la sua parte e porzione; Rigetta il ricorso, ec ec. (1).

484. Alle volte l'intervento in causa non è necessario; ciò avviene quando la dichiarazione di nullità non dev'esser proficua a tutti gli eredi, ma solo a colui che agisce. Per esempio, è indubitato che un erede istituito per testamento abbia qualità per dimandare la nullità del testamento che revoca il suo; è evidente, in fatti, che l'annullamento del secondo testamento fa riacquistare tutta la forza al primo, e che in tal modo gli eredi del sangue, non hanno alcuno interesse in una causa che, in verun modo può esser loro vantaggiosa.

485. Non addurremo altri esempi per giustificare le regole da noi esposte nel principio di questo capitolo. Basta leggerle e ben persuadersene per essere in grado di sciogliere qualunque difficoltà possa occorrere in quest'importante materia. *Nel dubbio*, nè sapremmo ripeterle abbastanza, *le nullità possono esser proposte da tutti coloro che hanno interesse.*

(1) Per vero che non bisogna esser facile a dare ai titoli una esistenza e validità frazionaria, ma neppur devesi ammettere senza riserva un titolo che distrugge i diritti di un condomino per causa di un altro. Perchè non permettere al coerede di agire per la totalità, ove gli si oppone la indivisibilità dell'azione? Il principio che nel postumo comecchè nuovo, è tuttavolta moralissimo e fondatore di una teorica che concilia tutti gl'interessi e più di tutti corrisponde al fine della legge

CAPITOLO X.

IN QUAL MODO SI POSSA ESSERE AMMESSO A PROVARE LE CONTRAVVENZIONI ALLA LEGGE, CHE DEBBON TRAR SECO LA NULLITA' DEGLI ATTI O LA RESCISSIONE DELLE CONVENZIONI.

486. In generale le nullità sono odiose: non si presumono, ed è necessario che la parte che le propone, ne provi la causa. Sin che nol faccia, le convenzioni e gli atti prodotti innanzi alla giustizia si hanno per validi: *nullitas in dubio non praesumitur, sed validus reputatur actus donec de contrario constet. Leg. quotis et leg. ubi ff. de rebus dubiis.* — Vantius, *de Nullitatibus.*

487. Ma come dovrà farsi questa pruova? Essa è facile qualora la nullità nasce da un' irregolarità nella forma; infatti è una massima costante che agli occhi della legge tutto ciò che non è provato s' ha come non esistere; in modo che ogni qualvolta il legislatore ha voluto che un atto fosse fatto in una data forma, è assolutamente necessario che le formalità richieste siano provate dall' atto medesimo, per la solennità e l' effetto del quale erano state prescritte, altrimenti si presumono come non fossero state osservate: *nullitas per inspectionem actorum probatur, quia quod ibi non reperitur factum non praesumitur.* Qualunque altra pruova oltre quella che risulti dall' esame dell atto non può essere ammessa; Vantius *de Nullitatibus.*

Nella donazione, per esempio, la mancanza di accettazione, *in termini espressi*, e il non essersi fatta menzione che il donatario abbia accettato la donazione, rende nulla la donazione stessa; e quantunque questa accettazione potesse dovesse indursi dalla firma del donatario od anche dal suo semplice concorso nell' atto, pure perchè non se n' è fatta un' espressa menzione, l' accettazione si ha per non fatta. Art. 932-856.

Lo stesso può dirsi del testamento; è d' uopo che in esso si faccia menzione dell' adempimento delle formalità inerenti alla sua forma costitutiva, e qualora ciò non avvenga il testamento è nullo, Art. 973-899 e seguenti. Non si potrebbe essere ammesso a provare con testimonii l' adempimento delle condizioni dalle quali dipendeva la sua validità, quali, per esempio, la dettatura, la lettura, ec

Finalmente dicasi altrettanto di tutti gli atti di procedura sottoposti a formalità sostanziali; il loro adempimento può esser sola provato dalla menzione (1) che n' è fatta nell' atto.

(1) Qui l' autore adopera la voce *menzione* nel senso legale e proprio,

In tutti questi ed altri casi analoghi, l'atto è nullo per effetto *della presunzione legale*, contro la quale non si ammette veruna pruova, che le formalità prescritte non sieno state osservate, nè sia stato adempiuto il fine pel quale queste formalità erano state prescritte. (Art. 1352-1306).

488. Come del pari, le enunciazioni contenute nell'atto, ed inerenti alla sua sostanza, si hanno come vere; le formalità il cui adempimento è menzionato in questo atto, si presumono essere stato in tutto adempiute, e si suppone che ogni cosa sia stata fatta nel modo, e nella maniera come è espresso nell'atto. Osservate nullameno, che fra questa presunzione e quella di cui abbiam fatto parola nel numero precedente, vi è una differenza essenziale, la prima essendo *juris et de jure*, produce l'effetto che l'atto non contenendo in sè stesso la pruova dell'adempimento di una formalità sostanziale, non si può provare che queste formalità sieno state adempiute.

La seconda all'incontro, essendo una semplice presunzione di diritto, può esser distrutta per via d'impugnazione di falso. E questa è la sola via; che i giudici non potrebbero, per esempio, ammettere la pruova testimoniale per provare che un notajo od un usciere non avessero osservato una formalità, adempiuto una condizione, malgrado che si dicesse il contrario nel loro atto.

Questo punto di diritto è incontestabile; noi ci limiteremo a riportare le parole di una decisione di Cassazione, la quale è tanto più decisiva, in quanto fu provocata ed emessa solamente nell'interesse della legge. Questa decisione è del 10 dicembre 1810; Dalloz, t. 21. p. 198; Sirey, 1811, p. 75; vi si legge «. Atteso che la Corte di appello di Poi-
» tiers ammettendo gli eredi di Maria Jacob a provare con
» testimonii e senza impugnazione di falso, che nell'epoca
» del suo testamento, che i notaj avevano attestato esser stato
» loro dettato parola per parola, *questa donna aveva la lingua*
» *talmente ingrossata, da non potere in verun modo articolare*
» *una sola parola che potesse esser compresa*, la Corte ha vio-
» lato le disposizioni delle due ultime leggi dell'art. 13,
» sezione 2, tit. 1°. della legge del 29 settembre 1790, e
» l'art. 19 del 25 ventoso anno XI, le quali vietano che l'e-
» secuzione di un atto rogato da un notajo possa esser so-

non nel volgare e comune. Egli in somma vuol dire che l'atto deve contenere la formalità richiesta dalla legge, e la dichiarazione dell'adempimento. La menzione dell'adempimento, è in alcuni atti ed in alcuni casi non una semplice formalità, ma un titolo una pruova.

» spesa, nè che l'atto possa essere impugnato nelle enunciazioni
» che il notajo vi ha scritto relativamente alla sua sostanza,
» alle disposizioni ch' esso contiene, ed alle forme o solennità
» che dice essere state osservate, se non con una impugna-
» zione di falso ammessa e giudicata ec. ec., cassa ed annul-
» la, nel solo interesse della legge, la decisione della Corte
» di appello di Poitiers, del 27 maggio 1809, in quanto que-
» sta decisione ha ammesso gli eredi di Maria Jacob a pro-
» vare, in opposizione all'enunciazioni di questo atto, che quan-
» do ella fece il suo testamento non poteva articolare una sola
» parola che potesse esser compresa ».

489. Circa alle nullità che diconsi di *fondo* o di merito, vi sono rarissimi esempii che una parte potesse provarle con lo stesso atto, o con altre scritture aventi *vim probandi*; che perciò difficilmente se ne può fare la pruova, la quale va soggetta a gravi inconvenienti: questi inconvenienti hanno fatto sì, che molte Corti reali sieno state in dubbio se la causa di queste nullità avesse a provarsi con testimonii, o per presunzioni, qualora non vi fosse un principio di pruova scritta.

Questi dubbii sono stati anche avvalorati da parecchie decisioni di Cassazione, alle specie ed allo scopo delle quali pare che non siasi posto mente abbastanza; in particolar modo da una decisione del 29 ottobre 1810; Dalloz. t. 21, p. 233; Sirey, 1811, p. 50. Questa decisione è del tenore seguente: « Dopo molte deliberazioni nella camera del consiglio; veduto gli art. 1341-1295, 1347-1301, e 1348-1302; atteso che l' art. 1341-1295, proibisce di ammettere alcuna pruova per mezzo di testimonii tanto contra che in aggiunta al contenuto negli atti, e sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente, o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o valore minore di 150 franchi; che quest' articolo non riceve eccezioni a termini degli articoli 1347-1301 e 1348-1302 se non quando vi è un principio di pruova scritta, o quando non è possibile di procurarsi una siffatta pruova; — atteso che le parti non si trovano nè nell' una nè nell' altra dell' eccezioni autorizzate dagli articoli suddetti, perciocchè la decisione della Corte di appello non ha detto che esistesse principio di pruova scritta, e che era possibile al convenuto di addurre una pruova scritta de' fatti affermati; dal che deriva che la decisione impugnata, ordinando la pruova testimoniale di questo fatto, ha violato l' art. 1341-1295 ed erroneamente applicato gli art. 1347 1301, e 1348-1302, cassa, ec. ec.

Faremo or ora conoscere la specie di quest'ultima decisione, e potremo convincerci che non s'oppone punto a' principii che verremo esponendo.

490. Abbiamo studiato le diverse decisioni emesse su questa materia, e ci siamo convinti che quasi sempre si può essere ammesso a provare con testimonii, o per presunzioni le cause che debbono rendere nullo un atto od una convenzione, quantunque non esista un principio di pruova scritta. Le regole su questo punto essendo importantissime, uopo è che ci distendiamo alquanto su di esse.

491. Prima del Codice civile, i Giureconsulti dissentivano sul modo di decidere la quistione proposta. Merlin, V° Pruova (*Preuve*), sez. 2, § 3, art. 1°, n. 18, s'era dichiarato contro l'ammissione della pruova testimoniale; egli, adduceva in appoggio della sua opinione, due arresti del Parlamento di Rouen, del 1752 e 1756, che avevano, in fatti, rigettato questa pruova in due cause nelle quali erano circostanziati fatti oltremodo gravi.

Dopo il Codice, la dissensione è venuta scemando, gli autori più reputati si son dichiarati contro l'opinione adottata da Merlin; a questi con una franchezza che si può scorgere in tutte le sue opinioni, fu il primo a modificarla. Ecco quel che si legge, loco cit. n°. 23: « Si deve però fare una distinzione essenziale: o i fatti del dolo e della frode che sono affermati contro un atto, hanno il carattore della falsità propriamente detta, o possono esser veri, senza che la sostanza dell'atto ne soffra punto; nel primo caso, non può essere ammessa la pruova testimoniale, qualora colui che dimanda ad esservi ammesso non impugni l'atto di falso. . . . Nel secondo caso, la pruova può esser ammessa se i fatti del dolo sono tanto gravi e tanto precisi, da poterne risultare un'induzione certa che la parte che gli afferma, non ha avuto, nel firmare l'atto, quelle volontà che l'atto stesso fa in lei supporre ».

492. Quest'ultima opinione è più conforme alle disposizioni del Codice civile; e quantunque Merlin l'abbia esaminata solo pel caso del dolo e della frode, noi verrem provando che deve decidersi nello stesso modo ne' casi della violenza o dell'errore, ec.

L'art. 1351-1305 dispone che non è ammessa veruna pruova per mezzo di testimonii tanto contro che in aggiunta al contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente, ec. ec.

Se si voglia indagare il fine di questa disposizione, è

chiaro che il legislatore ha proibito la pruova testimoniale solamente per le promesse accessorie o condizionali che avessero per fine di accrescere o diminuire i diritti o le obbligazioni delle parti, e delle quali esse volessero dimandare l'esecuzione tanto contra quanto in aggiunta del contenuto dell'atto apparente che hanno consentito. Ma senza alcun dubbio il legislatore non ebbe l'intenzione di proscrivere la pruova de' fatti e circostanze che viziavano il consenso delle parti. « Quando l'ordinanza, diceva Danty, Trattato della pruova testimoniale, proibisce la pruova di quello che non si trova scritto nell'atto, *essa ha solo inteso parlare delle convenzioni che ne fanno parte*, perchiocchè essendo nella libertà de' contraenti di comprendervele, quand'essi non l'abbian fatto, la legge presume che l'abbiano omesse oppostatamente, e non vuole che vi si possano aggiungere contro lor voglia con una pruova testimoniale fatta posteriormente ».

Questa spiegazione può esserci utile per interpetrare le disposizioni dell'art. 1341-1295 nel quale si contengono le precise parole dell'art. 2, tit. 20 dell'ordinanza del 1697, e basta porvi per poco mente per vedere che non si può in altro modo interpetrare la volontà del legislatore.

In fatti l'art. 1109-1063, prescrive che il consenso non è valido quando è stato dato per errore, estorto dalla violenza o carpito col dolo. — L'art. 1116-1070 dice anche che il dolo è una causa di nullità della convenzione, quando i raggiri usati da una delle parti, sieno tali, da essor evidente, che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato. — Aggiunge, che il dolo non può presumersi e che dev'essor provato. Quest'ultima disposizione conviene evidentemente all'errore, alla violenza, alla lesione, o si può dire anche, per rapporto a queste diverse cause di nullità, ch'esse non posson presumersi, e che la parte che muove querela deve provare ciò che asserisce.

Ma come dovrà farsi questa pruova? Dovrà farsi in iscritto secondo l'art. 1341-1295? No certamente, la pruova allora sarebbe impossibile, perciocchè non si serba punto la pruova scritta dell'errore che ci nasconde la verità, della violenza che ci costringe ad agire, del dolo che carpisca la nostra volontà. Bisogna dunque supporre che la legge ci permetta di ricorrere ad un altro genere di pruove, altrimenti la legge verrebbe a dichiarsi da sè stessa impotente, e gli art. 1109-1063 e 1116-1070 conterrebbero solo una bella e forte teoria, ma che sarebbe ineseguibile nella pratica.

Non è dunque nell'art. 1341-1295 che possiam rinvenire

la soluzione della quistione proposta; altri dovran esser i principii che debbon guidarci. Or, leggiamo nell'art. 1348-1302: « Le regole scritte nell' art. 1341-1295 e seguenti soggiacciono pur anche ad eccezioni, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di procacciarsi una pruova scritta dell'obbligazione ch'è stata contratta verso di lui. »

Pare che questa disposizione debba solo applicarsi *alle obbligazioni* dello quali non s'è potuto avere una pruova; ma se si vada indagando il motivo che ha determinato il legislatore, si vedrà aver ciò disposto perchè la legge non ha voluto, da una parte, che colui che non avesse potuto procurarsi una pruova, fosse punito per non averlo fatto; e dall'altra, perchè sarebbe stato ingiusto che una parte potesse esimersi da un' obbligazione legittimamente contratta, sol perchè l'altra parte fosse stata messa nell'impossibilità di esigere la pruova di questa obbligazione, o del fatto che doveva farla costare. Or, questo motivo, fondato sul principio d'equità immutabile, che niuno può esser costretto all'impossibile, nè punito per non averlo fatto, si applica a qualunque caso; cho perciò possiam dire in tesi *che colui che non ha potuto procurarsi una pruova scritta, dev' essere ammesso alla pruova testimoniale*. Questa regola generale ed assoluta era ammessa dagli autori; segnatamento da Pothier, nel suo Trattato dollo obbligazioni, n. 810, 811 e 812, e risulta anche dall'art. 1341-1295.

Posto ciò, ci rimane a farne l'applicazione allo diverse specie che possono occorrere

493. Ed in prima, si può essere ammesso a pruvare con testimoni che una convenzione è l'effetto del dolo e della frode?

Se si tratta di un terzo che dimandi la nullità di un atto fatto in frodo de' suoi diritti, non cade dubbio che ei debba essere ammesso a far la pruova con testimoni, quantunque non esista veruno principio di pruova scritta. Argomento dell'art. 1353-1307. Questa pruova può anche farsi per presunzioni, (lo stesso articolo).L'art. 1341-1295 rimane in tutta la sua forza; perciocchè, come dice Merlin, V° Pruova (*Preuve*) sez. 2, § 3, art. 1° « quando la simulazione di un atto è opposta da un terzo, è indubitato che la pruova, con testimoni, debba essere ammessa. L'esistenza di un atto sia comunque autentico, altro non prova contro questi terzi se non ch' è stato fatto, ma non ne prova la sincerità » — Oltrecchè ciò risulta dall' art. 1166-1119, la Corte di Cassazione ha deciso, in tesi, che i giudici volerebbero la

legge quante volte ammettessero per principio che la simulazione non poteva risultare dalle presunzioni e dalle pruove testimoniali. Decisione del 16 giugno 1816, Sirey, vol 16-1-447; e specialmente ha giudicato con questa stessa decisione, che la simulazione del prezzo in un atto di vendita, poteva essere provata con indizii, presunzioni, o con testimonii, quand' anche l' atto esprimesse che il prezzo sia stato pagato in contanti.

494. Quando si tratta poi che una parte si querela del dolo dell' altra parte con la quale ha contrattato, bisogna distinguere se questa parte sia stata indotta in errore quand' ebbe luogo il contratto, e s' abbia dato il suo consenso sole mediante i rigiri usati verso di lei, in modo, che non abbia potuto premunirsi contro questi rigiri, o se, in contrario, è stato in suo potere, nel tempo del contratto, di poter sottrarvisi.

Nel primo caso, ci sembra indubitato che non gli si possa negare la pruova testimoniale; ciò risulta dalla massima anzidetta; perciocchè è chiaro che in quest ipotesi, la parte, ignorando i rigiri fraudolenti onde era la vittima, *non ha potuta procurarsi una pruova scritta del dolo;* e poi essa si trova nel caso dell' eccezione della quale abbiamo parlato n. 492. Ciò risulta ancora dagli arti. 1348-1302 § 1, e 1353-1307 In fine, questo punto di diritto è stato saezionato da molte decisioni, particolarmente da una delle decisioni della Corte di Cassazione, del 20 febb. 1811, la specie della quale è la seguente:

Il Sig. Operti aveva venduto al sig Carmagnola molt' immobili; poco dopo egli dimandò l' annullamento di queste vendita, per causa di dolo e frode, e nel tempo stesso provò de fatti formali di dolo. Carmagnola oppose solamente che i fatti del dolo e della frode non potevano esser provati con testimenii, qualora non vi fosse un principio di pruova scritta. Il tribunale di Torino avendo ammesso la pruova, la sua decisione fu confermata. — Sul ricorso, la corte di Cassazione, con decisione del 20 febb. 1811 sentenziò che se, a' termini dell' art. 1341-1295 non si può ammettere la proova testimoniale tanto contro che in aggiunta al contenuto negli atti, è certo, secondo i termini degli art. 1109-1063-1116-1070 1117-1071 e 1135-1089 che gli atti possono essere annullati per causa di dolo e di frode; che questa frode e questo dolo possono essere provati mediante presunzioni; che perciò vie maggiormente con la pruova testimoniale; che deriva dall' accordo di questi articoli che (eccetto i casi di impugnaziona

di falso) non si possa essere ammesso a provare che una convenzione la cui esistenza non è provata per iscritto, abbia avuto luogo fra le parti, nè che una convenzione scritta non sia stata fatta, o sia stata fatta in termini diversi da quelli adoperati nella scrittura; ma che si può essere ammesso a provare, sia con presunzioni, sia con la pruova testimoniale che questa convenzione sia stata carpita con frodi o dolo, che perciò essa non è l'effetto di un consenso libero; che in questo caso la pruova avendo per oggetto di stabilire fatti che partecipano della natura de'doliti o de'quasi delitti de'quali non è possibile avere una pruova scritta, non si può, per qualunque motivo, non ammettere quelle che risultono dalla deposizione de'testimoni.

Considerando nella specie, ch'è sopra fatti di frode e di dolo, così determinati, che la decisione contro la quale s'è ricorso ha ammesso una pruova testimoniale; che in tal modo essa non ha violato l'art. 1341-1295 o che fatto una giusta applicazione degli art. 1109-1063 1116-1070, 1117-1120 e 1353-1307; rigetta ec.

495. Nel secondo caso, all'opposto, se la parte ha potuto evitare la frode; se stava in lei il munirsi contro i raggiri, non potrà essere ammessa a provare, con testimoni, il dolo onde si querela, quando non abbia un principio di pruova scritta. È chiaro che in questo caso, essa non può allegare l'eccezione contenuta nell'art. 1348-1302. Questa proposizione è stata ammessa da molte decisioni, particolarmente dalla decisione seguente.

Cardè aveva venduto a'fratelli Maria una casa, mediante 16,000 franchi, con la riserba della facoltà di ricompra durante due anni, ed era morto senza aver fatto uso di questa facoltà, il cui termine era spirato. Il tutore de'suoi figli volle riparare a quest'omissione, e s'offrì di provare che il contratto di vendita serviva solo di pretesto ad un prestito usurario; che i fratelli Maria avevano usato dolo riguardo a Cardè, impedendogli di fare un debito per soddisfare l'obbligazione cha avea verso di loro, e promettendogli di concedergli la ricompra per quando avesse i capitali. I fratelli Maria, mentre negavano questi fatti, sostenevano che non poteva ammettersi la pruova testimoniale.

Il 17 marzo 1809, il tribunale di Torino ammise la pruova; ed avendola trovata concludente, il 6 giugno 1810, dichiarò la vendita nulla; la Corte di appello della stessa città con decisione del 31 agosto seguente, riformò questa sentenza, ma solamente per quel che riguardava la nullità del-

la vendita. Questa stessa decisione, *atteso che era stato col dolo e con la frode che i fratelli Maria avevano impedito Cardè di far la ricompra*, autorizza il tutore a farla fra tre mesi.

La Corte di Cassazione cui si ricorse contro questa decisione, il 2 novembre 1812 giudicò: Atteso che la decisione ha erroneamente applicato, sotto un vano pretesto di dolo e di frode, l'eccezione contenuta nell' art. 1348-1302, potendo benissimo il sig. Cardè procurarsi la pruova scritta della pretesa prorogazione della facoltà di ricompra, che forma il fondamento della dimanda del tutore, e che in questo caso non è stato il dolo de' fratelli Maris, ma sibbene la mancanza e l'imprudenza di Cardè d'essersi fidato a pretese promesse verbali, che avrebbero potuto avere qualche consistenza legale, solamente qualora fossero state messe in iscritto, cassa ec. ec.

496. Seguendo gli stessi principii la Corte di Cassazione pronunciò un' altra decisione della quale spesso s'è fatto abuso, ma il cui senso e l'applicazione si trovano compiutamente spiegati dalle specie nella quale fu emanata — Noi abbiam creduto dovero riportarla per intuero, a motivo della sua importanza.

Il sig. Gaudry, percettore delle contribuzioni nel dipartimento di Marengo possedeva due titoli di credito contro il signor Chiorando, il primo, risultante da un bono (18 germinale anno XIII) di 7000 franchi che aveva pagati per conto di Chiorando, e che questi erasi obbligato, con scrittura messa in seguito del bono, di tenergliene conto; l'altra risultante da una ricevuta di 7000 franchi che Chiorando aveva dichiarato, il 18 germinale dell' anno XIII, aver bene e debitamente ricevuti dal signor Gaudry.

Chiorando pretese intanto dover solo a Gaudry una somma di 7000 franchi; o per spiegare como, non ostante ciò, Gaudry si trovava avere due obbligazioni scritte, ognuna di egual somma, addusse diversi fatti, che dimandò provare con testimonii, tendendo sempre a stabilire che la ricevuta del 18 germinale fu in origine sottoscritta per essere data al sig. Gaudry in cambio del bono che egli aveva contro di lui, e che Gaudry, abusando della fiducia, non aveva restituito il *bono*, quando la ricevuta fu consegnata ad uno de' suoi commessi, da un commesso di Chiorando.

Il 30 agosto 1809, decisione della Corte di appello di Genova, che ammette Chiorando a provare *con testimonii*, che la ricevuta data al signor Gaudry, era stata in pagamento del debito di 7000 franchi, che Chiorando s'era pre-

cedentemente obbligato di pagare pel bono del quale Gaudry era possessore, che, per quanto siano, e per quanta forza possano avere le presunzioni sulle quali il sig. Gaudry si poggia, per respingere la dimanda del sig. Chiorando, queste presunzioni non sono della natura di quelle che non ammettono una pruova in contrario; non v'ha ragione per non osservare, nella specie, la regola che la presunzione cede al fatto; che se, in tesi generale, la pruova testimoniale non è ammessa tanto contro, quanto in aggiunta al contenuto negli atti; questa regola deve solo applicarsi qualora trattasi di provare quelle cose che la legge vuole che siano scritto, ma se si trattasse di un fatto che non può esser provato con documenti scritti, interdicendo la pruova testimoniale si verrebbe a dare alla legge un' estensione arbitraria; perciocchè, siccome la proibizione della pruova testimoniale, altro non è che la conseguenza della disposizione che comanda la pruova in iscritto, si può solo interdire la prima in quanto la seconda può aver luogo; ma se la pruova scritta è impossibile, la pruova testimoniale, deve necessariamente essere ammessa, poichè la proibizione dell' una, altro non è che il risultamento della possibilità dell' altra: pure, comunque grande possa essere l' inconveniente della pruova testimoniale, si comprende di leggieri che se fosse, in tutti i casi, interdetta, invece di prevenire un male incerto, che non è senza rimedio, si verrebbe ad autorizzarne uno maggiore, facilitando la mala fede: tali, fuori dubbio, sono i motivi che han dato luogo all' eccezioni contenute nell' art. 1341-1295; tali sono anche i motivi che hanno sempre sottoposto alla pruova testimoniale le azioni meramente fisiche, che quasi sempre istantanee, quasi sempre l' opera di un solo, non possono esser provate con documenti scritti; tali sono in fine le massime della Corte suprema, che molte volte ha giudicato, e particolarmente colle decisioni del 24 termidoro, 2 e 18 fruttidoro anno XIII, che i fatti del dolo, frodo o violenza opposti contro un atto, o che producono la nullità, possono esser provati con testimoni;

Considerando che se la ricevuta del 18 germinale è relativa al bono degli 11 dello stesso mese; e se vero che la ricevuta non è stata data al sig. Gaudry che per riaverne il bono; s'è vero in fine, che la restituzione del bono non fu fatta, la riunione di queste due circostanze pone il sig. Chiorando nel caso dell' eccezione alla regola generale, perciocchè i fatti ch' ei sostiene avere avuto luogo fra il suo ed il commesso del sig. Gaudry, non erano di natura ad

esser provati in iscritto. D'altro parte, se si può distruggere, con la pruova testimoniale, un'obbligazione nata dal dolo, dalla frode, e dalla violenza, perchè dovrebb' esser proibito di dichiarare estinto, con lo stesso mezzo, il bono degli 11 germinale, che il sig. Chiorando pretende trovarsi nelle mani del sig. Gaudry per quelle stesse cause, che potrebbero distruggere un' obbligazione qualunque?

Ricorso in Cassazione per parte del sig. Gaudry, per violazione dell' art. 1341-1295, che proibisce la pruova testimoniale tanto contro quanto in aggiunta al contenuto negli atti e per erronea applicazione degli art. 1347-1301 e 1348-1302, che non ammettono eccezioni a questa regola, se non ne' casi ne' quali esiste un principio di pruova scritta, e quando non è stato possibile al creditore di procurarsi una pruova scritta dell' obbligazione contratta verso di lui.

Secondo l' istante, il bono degli 11 germinale, e la ricevuta degli 8 dello stesso mese, provavano due debiti diversi del Chiorando; e la pruova testimoniale ammessa dalla Corte di Appello di Genova, tendeva a mostrare che non v' era che un solo debito; essa avea dunque per fine distruggere la fede dovuta o al bono o alla ricevuta; ne' due casi, essa dovea distruggere un atto scritto, che perciò dovea esser proscritta secondo la massima *contra scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur*, legge 1ª nel Codice de *Testibus*, e la disposizione precisa dell' art. 1341-1295.

Ed invano la Corte di appello ha preteso che nella specie, la regola dell' art. 1341-1295 non era applicabile, perchè si trattava di provare de' fatti di *dolo*, *di frode*, *e di violenza* da parte del sig. Gaudry, fatti che possono esser provati con testimonii, secondo l' art. 1348-1302. Perciocchè da una parte, questa decisione della Corte di appello presenta un' *erronea qualificazione* de' fatti che hanno avuto luogo fra le parti; tutto riducendosi alle parole stesse dell' esposto del sig. Chiorando, all'aver egli *volontariamente* o *spontaneamente* rimesso al signor Gaudry una ricevuta, in cambio della quale questi dovea dare un bono che avrebbe ritenuto presso di se, ciò che certamente costituiva un abuso di *confidenza*, ma in modo veruno un *dolo*, nel senso della legge Romana e del Codico Napoleone, che definiscono il dolo, *omnis calliditas, machinatio ad fallendum, decipiendum se alterum adhibita*, Leg. 1, § 2, nel Digesto *de dolo malo* — Cod. Nap. art. 1116-1070. — Dall' altra parte, i fatti de' quali s'è volnto eccagionare Gaudry, dato che potessero qualificarsi di dolo, non ne deriverebbe di necessità che la pruova

zate dall'art. 1347-1301 e 1348-1302 possono applicarsi alle parti, perciocchè la sentenza impugnata non ha dichiarato che esistesse un principio di pruova scritta, e fosse stato possibile al convenuto di addure una pruova scritta de' fatti da lui affermati.

Onde segue che la sentenza impugnata, ordinando la pruova testimoniale di questo fatto, ha violato l' art. 1341-1295 Codice Napoleone, ed erroneamente applicato gli art. 1347-1301 e 1348-1302 — Cass., ec. — Del 29 Ottobre 1810; Dalloz, t. 211, p. 233; Sirey, 811, p. 50.

497. Secondo gli stessi principii una parte dev' essere ammessa a provare i fatti della violenca co' quali sia stato estorto il suo consenso. *Leg.* 9, § 3 *ff. quod metus causa.*

La violenza in fatti, è sempre un dolo; e ne' fatti che la costituiscono si rinvengono que' fraudolenti rigiri che secondo la legge sono una causa di rescissione. Quegli che cede solo alla violenza, è indubitatamente nell' impossibilità di procurarsi una pruova scritta da' fatti a' quali non può punto resistere; e più che ogni altro egli deve godere dell' eccezione contenuta nell' art. 1348-1302. Poco importerebbe che il notajo, che ha disteso l' atto, avesse dichiarato che le parti avevano contrattato liberamente, volontariamente, e senza violenza; poco importa del pari che, secondo le disposizioni dell' art. 1341-1295, l' atto autentico faccia fede del contenuto fino a quando non sia impugnato di falso. Si comprende, in fatti, che il notaio può solo attestare le apparenze; egli può ignorare la violenza usata verso una persona, l' atto non prova nulla contro questa violenza. « Osservate, dice Toullier, vol. 9, (*edizione belga di Torlier*, vol. 5) n°. 173, che, nel caso di violenza, come nel caso del dolo ch' è stato la causa del contratto, l' istante non impugna veruna delle clausule dell' atto, egli non dimanda di fare veruna pruova tanto contro, quanto in aggiunta a ciò che v' è contenuto; non pretende che questo atto contenga nulla di contrario alla sua volontà manifestata nel momento che consentì; ma sostiene che la volontà non fu libera, e che il suo consenso è stato forzato »

498. L' applicazione de' principii suddetti non è tanto facile a farsi nel caso che una parte si querela d' essere stata ingannata, o dimanda a far pruova del suo errore; l' errore non potendo presumersi, e dovendo, d' altra parte tornare sopra colui che si è ingannato, stimiamo che i tribunali non debbano facilmente ammettere la pruova testimoniale de' fatti co' quali, la parte che fa istanza, vuole giustifi-

care il suo errore. Ma dovranno essi negare questa pruova, se non vi è un principio di pruova in iscritto? Questo è quanto dobbiamo esaminare.

Gli antichi giurisconsulti distinguevano l'errore di diritto e l'errore di fatto; per rapporto all'errore di fatto, essi facevano una distinzione che noi abbiam creduto utile di far conoscere. Secondo loro, si supponeva che niuno potesse ignorare od obbliare il fatto proprio, e non potendosi dare ignoranza in questo caso, la pruova testimoniale non può essere ammessa contro un atto fatto da un maggiore, che affermasse averlo fatto solo perchè non erasi ricordato di quello che avea fatto prima. Ma se si trattasse del fatto altrui, la presunzione è, ch'egli l'abbia ignorato; quindi quest'ignoranza è scusabile, e la pruova testimoniale può essere ammessa. Per esempio, quando l'erede del defunto paga un creditore dell eredità, perchè ignorava che questo creditore era stato pagato, egli può esser restituito, e quantunque non presenti la quitanza di questo creditore, può provare con testimonii questa liberazione, basta che chiaramente apparisca ch'egli ignorava che questo creditore era stato pagato.

Ci sembra che questa distinzione si opponga a' principii del Codice civile; segnatamente essa si oppone alla disposizione dell'art. 1348-1302, che stabilisce una regola generale, secondo la quale la pruova testimoniale dev'essere ammessa sempre che colui che si querela non ha potuto procurarsi una pruova scritta de' fatti su' quali si poggiano le sue querele. Che importa dunque che l'errore si riferisca ad un fatto proprio a questa persona o ad un fatto che le sia estraneo? I giudici debbon sempre indagare se l'è stato impossibile di procurarsi una pruova scritta, ed in generale si può dire, e si deve presumere che colui che si è ingannato non abbia potuto avere questa pruova. Perchè vi fosse stata questa possibilità, bisognerebbe supporre che i fatti erano conosciuti, ed in questo caso non vi sarebbe errore, che perciò non vi sarebbe luogo a rescissione. S'intende poi che, *nel fatto*, i giudici debbono mostrarsi restii ad ammettere la pruova testimoniale, quando si tratta di un fatto proprio alla parte che si querela. l'errore essendo, in questo caso, difficilissimo, e quasi sempre inverosimile, e noi conveniamo anzi che allora la pruova testimoniale non debb'essere ammessa che con un'estrema cautela. Ma, volerne fare una regola generale in *diritto*, nè la giustizia, nè la legge il potrebbero comportare, *supra* n° 207. Quando v'è stato errore, è chiaro che non si è potuto dimandare una pruova scritta dei fatti che ci erano ignoti. La

pruova testimoniale è dunque indispensabile, non ammettendola è lo stesso che dichiarar nullo e senza forza l' art. 1109-1063.

499. Osservato, nondimeno, che se l'errore era di tal natura che potevasi facilmente evitare, se derivasse dalla trascuraggine, non si potrebbe dire esservi stata impossibilità di procurarsi una pruova scritta, nè si dovrebbe ammettere la dimanda che si facesse di provarlo con testimoni.

500. Tali sono i principii che ci sembrano risultare dalle disposizioni della legge, e specialmente dall' art. 1348-1302. Quest' articolo vuole che la pruova testimoniale sia ammissibile sempre che non sia stato possibile di procurarsi una pruova scritta, sia dell' obbligazione, sia del fatto che deve produrre la nullità di quest' obbligazione. Esso non dice quale dev' essere la natura di questa impossibilità; se debb' essere assoluta o relativa, fisica o morale. Lascia dunque a' magistrati la cura di discernere le circostanze dalle quali si fa risultare quest' impossibilità; sia qualunque la causa e la natura; basta che in qualunque modo siavi stato errore, perchè il giudice debba farsi a soccorrere colui che inconvenientemente si è obbligato; è questa una materia di coscienza che spetta quasi sempre ai giudici il valutare, i quali debbono ben guardarsi dall' abusarne; nel dubbio dovranno negare la pruova, e rispettare la fede dovuta agli atti.

501. Provare che il testatore non era di sana mente, non è far pruova contro il contenuto in un atto. Una tal pruova è ammissibile, quantunque non siavi un principio di pruova scritta, e quando anche apparisse che la disposizione sia stata fatta con senno e pensatamente. Ciò risulta dall' art. 901-817 e da una costante giurisprudenza. Pure non si potrebbe essere ammesso a provare con testimonii lo stato di delirio o di furore del testatore, nel punto che il testamento è stato ricevuto dal notajo, se questo testamento esprime che il testatore medesimo ha dettato le disposizioni e le ha approvate con la lettura. (Decisione di Cassazione, del 17 luglio 1817; Dalloz, t. 9, p. 259; Sirey, 1818, p. 49). L' istante potrebbe solo agire mediante l' impugnazione di falso.

502. L' ubbriachezza quando è spinta fino alla perdita della ragione, essendo una vera demenza, si può provarla con testimonii, qualora fosse stata la causa determinante di una disposizione a titolo gratuito; ciò risulta dall' art. 901-817. Ma se fosse allegata come causa di un contratto a titolo oneroso, noi non ne ammetteremmo la pruova, se non in quanto vi fosse dolo, dal lato della parte che ha contrattato coll' ubbriaco, e vi fosse un principio di pruova

per iscritto. Vedasi pure l'arresto della Corte di Angers, del 12 dicem. 1823, *supra*, n° 39. L'ubbriachezza quando è volontaria, non è sufficiente per stabilire quell'impossibilità onde parla l'art. 1348-1302.

503. Succede alcuna volta che la pruova testimoniale non sia necessaria per stabilire il dolo, l'errore, o le violenze per le quali si muove querela. Il concorso di molte circostanze produce spesso quelle presunzioni gravi, precise, e concordanti, che, in mancanza di pruova scritta, fanno una pruova sufficiente in tutti i casi ne' quali la pruova testimoniale può essere ammessa. (Art. 1353-1307). La Corta di Cassazione l'ha riconosciuto nella specie seguente.

Nel 1813, erano stati aggiudicati al Sig. Soulerat diversi pascoli. Un atto stipulato per notajo, del 1814, dichiara ch'egli cedè ad alcuni abitanti di Bagnères di Luchon questi pascoli aggiudicati; ma Soulerat pretese ch'era stato costretto a fare quest'atto, che perciò ne dimandò l'annullamento: egli addusse gravi presunzioni in sostegno della sua asserti-va, e s'offrì a provarle con testimoni, qualora queste si credessero insufficienti. — Gli abitanti di Lagnères di Luchon risposero che non si poteva, su presunzioni ed una pruova testimoniale, distruggere l'effetto di un atto autentico, sotto pretesto di violenza; che l'impugnazione di falso era il solo mezzo del quale poteva servirsi il Sig. Soulerat; che altre è la violenza usata per far sottoscrivere un contratto, altro il dolo e la frode; che quando trattavasi del dolo e della frode, queste due cause essendo ignorate dalla parte medesima contro la quale sono adoprate, le sono, tanto maggiormente, dal notajo; che perciò l'atto stipulato per notajo non può attestare o non attesta, in fatti, che non vi sia stato nè dolo nè frode, e, per conseguenza, la necessità di ammettere la parte querelante a stabilire, con presunzioni gravi e con testimoni, che siensi stati adoprati il dolo e la frode per far sottoscrivere il contratto. La pruova di tali fatti non si oppone in nulla alla pruova fatta contro il contratto stesso; ma non è lo stesso quando una parte, senza allegare il dolo e la frode, pretende che il suo consenso sia stato estorto con la violenza; attestando il notajo che un individuo s'è presentato innanzi a lui, ed ha consentito una data obbligazione, attesta, anche con ciò, che siavi stato libero consenso, e deve tenersi per certo che sia così, sino a tanto che non sia impugnato di falso; altrimenti, sotto il pretesto di violenza, mediante delle pretese presunzioni ed una pruova testimoniale, che il legislatore ha voluto non fosse ammessa

per una somma maggiore di 150 franchi, potrebbonsi distruggere i più importanti contratti.

Il 27 agosto sentenza che rigetta queste opposizioni, fa diritto alla dimanda del Sig. Soulerat e, in conseguenza, condanna gli abitanti di Bagnères de Luchon a lasciare ad esso gl'immobili in quistione, *con la restituzione de' frutti raccolti durante l'indebito possesso degli abitanti medesimi*.

Appello. — Il 7 giugno 1826 la Corte di Tolosa confermò questa sentenza, sul motivo che la violenza era sufficientemente provata da moltissimi indizii e presunzioni che risultavano da fatti stabiliti, talmentechè non v'era bisogno aver ricorso alla pruova testimoniale.

Ricorso in Cassazione per parte degli abitanti di Bagnères di Luchon; 1° e 2° per erronea applicazione dell'art. 1353-1307, e per violazione degli art. 1319-1273 e 1341-1295, in quanto la sentenza impugnata ha annullato, sopra semplici presunzioni di violenza, un contratto stipulato per notajo, mentre comunque sieno gravi le presunzioni, non possono, senza un impugnazione di falso, essere ammesse che per stabilire il dolo e la frode;

3°. Violazione dello stesso art. 1319-1273, e degli art. 1° e 19 della legge del 25 ventoso anno XI, sul notariato, in quanto la sentenza impugnata ha ammesso, come presunzioni di violenza, de' fatti materialmente contrarii a quelli stabiliti dall'atto stipulato dal notajo, che formava l'oggetto della causa.

DECISIONE. La Corte, — sul primo mezzo; ec. — sul secondo mezzo, fondato su d'una pretesa erronea applicazione dell'art. 1353-1307, attesochè a termini di quest'art. 1353-1307, la pruova testimoniale e le presunzioni della natura di quelle ivi enunciate, sono ammissibili nel caso che un atto sia impugnato per causa di dolo o di frode; che non sempre il dolo va unito alla violenza; ma che la violenza usata per strappare il consenso, ha sempre il carattere del dolo, che in tal modo, nella specie, dove moltissimi erano i fatti di violenza circostanziati, la Corte reale di Tolosa era autorizzata a valutare i fatti di violenza, conformemente alle presunzioni lasciate alla dottrina e alla prudenza de' magistrati, e ch' essa ha giustamente applicato l'art. 1353-1307.

Sul terzo mezzo, risultante da una pretesa violazione dell art. 1319-1273 e degli art. 1° e 19 della legge del 25 ventoso anno XI, sul notariato; atteso, in diritto, che s'è vero che i fatti materiali che il notajo attesta *visu et auditu*, non potrebbero esser smentiti od impugnati altro che con

un' accusa di falso, è vero del pari che, quando un atto autentico è impugnato, non come falso, ma come estorto colla violenza, e privo del consenso reale delle parti, i fatti di violenza e di estorsione, possono, come tutti quelli che costituiscono de' delitti e quasi delitti, esser stabiliti con la pruova testimoniale, con presunzioni gravi, precise e concordanti, di natura a produrre il convincimento de' magistrati ec.; rigetta.

504. Le presunzioni su le quali si poggia la pruova dell' errore, della violenza, vengono a scemarsi, qualora la parte interessata, cessata la violenza, o conosciuto l' errore, se ne rimanga in silenzio: egli è grandemente utile, soprattutto ne' casi di violenza, d' agire sollecitamente; « ma, dice Argou, nell' Istituzioni del diritto francese, lib. 4, cap. 14, pag. 481 del 2° volume, se il timore continua sempre, o non siamo nello stato di agire contro colui che ci ha violentati o minacciati, l' uso è di far protesta innanzi notajo, prima e non dopo l' atto che siamo stati costretti a fare, e se non si può fare prima, bisogna almeno farlo dopo, acciocchè si possa conoscere che ciò che si è fatto non era spontaneo; dovrà aversi l' accortezza di chiudere queste proteste in un foglio di carta, soggellarle, e farvi mettere sopra la data dal notajo, e deporle in tal modo, per timore che i notai si neghino riceverle, quando esse sieno fatte contro persone troppo potenti, delle quali non vogliono incorrere lo sdegno; queste proteste non fanno pruova da se; ma sono utilissime per ottenere più agevolmente il permesso di prendere informazioni quando sarà il tempo di domandarlo, e quando vanno unite ad altre presunzioni danno sempre una maggior forza a' sospetti ».

505. È questo un utilissimo consiglio, ed ogni parte interessata deve comprendere quanta sia la necessità di appigliarvisi, chè mancando questa protesta, e standosene per alquanti giorni dopo l' atto senza muoverne querela, le presunzioni vengono considerevolmente a scemarsi, ed almeno manca in esse quella concordanza e quella precisione, che sole, formano la loro autorità: confessiamo anche che se fossimo chiamati a decidere del merito di un' offerta di pruova testimoniale o di un' offerta di pruova per presunzioni, e che non vi fosse un principio di pruova per iscritto, noi non l' ammetteremmo punto, considerando che la parte interessata se ne sia rimasta sì lungamente in silenzio, senza indicarne i motivi, con una protesta fatta nel modo che abbiamo sopra indicato. Questo silenzio varrebbe

moltissimo per indurci a credere che non vi sia stata punto vis di fatto, e che l'obbligo assunto sia legittimo: certo, potremmo qualche volta ingannarci, ma saremmo degni di scusa, e la parte che avesse trascurato di querelarsi, dovrebbe accagionare se stessa della mala impressione che avrebbe fatto la sua condotta su l'animo nostro.

506. La mancanza di causa può esser pure provata con testimonii, quando vi fosse stato errore dal lato di una parte contraente, e dolo e frode dal lato dell'altra. Se v'è sola mancanza di causa, la pruova con testimonii o per presunzioni è ammessa soltanto quando siavi un principio di pruova scritta, essendo chiaro che la parte che ha contrattato senza causa e senza errore, poteva non farlo, e poteva farsi dare una pruova scritta di una circostanza della quale volea poi prevalersi; non avendolo fatto, non può godere dell'eccezione contenuta nell'art. 1348-1302 e deve incorrere l'applicazione rigorosa, ma necessaria, delle disposizioni dell'art. 1341-1295.

507. La lesione non può provarsi con testimonii, e siccome essa costituisce un dolo reale, può stabilirsi solamente con la stima degli effetti, o delle cose che sono state l'oggetto del contratto. (Art. 890-810 e seguenti; art. 1675-1521 1676-1522 1577-1523).

508. In materia di nullità, come in tutte le materie di diritto, spetta all'attore provare i fatti su' quali poggia la sua dimanda; e potrebbe farne a meno, solo quando la legge ha stabilito in suo favore la presunzione di questi fatti. — Questa presunzione deriva alle volte dalla irregolarità dell'atto *nella forma*, alle volte risulta anche *dalla natura della convenzione impugnata*; e da ultimo proviene spesso dalle qualità civili delle parti contraenti.

509. V'ha presunzione legale, per *vizio di forma*, di un fatto, di una circostanza, che debbon produrre le nullità di un atto, quante volte quest'atto essendo sottoposto a formalità sostanziali, queste formalità non sieno state osservate. In questo caso la presunzione legale è, che l'atto non abbia conseguito il suo fine; esso è nullo, e la parte che voglia prevalersi della nullità, non deve fare altro che produrlo, facendo notare le omissioni che vi si contengono. Non ha bisogno di provar nulla, e può dire con d'Argentré, *hic tuus titulus re vera titulus non est*. Osservisi ancora, che l'altra parte non potrebbe essere ammessa a provare che, non ostante queste omissioni, l'atto abbia conseguito il suo fine. (Arg. dell'art. 1350-1304 § 1, e dell'art. 1352-1306).

leggi e i più grandi monumenti della giurisprudenza, vogliamo ci si permetta di poter sommariamente manifestare la nostra opinione.

Siamo dunque di parere che, per decidere quale delle parti sia nell' obbligo di provare la mancanza o l' esistenza della causa di un' obbligazione, sia necessario distinguere tra ipotesi, nelle quali le parti possono ritrovarsi.

512. 1ª. *Ipotesi*. Qualora in un' obbligazione vi sia espressa la causa dalla quale emana, il creditore può fare a meno di qualunque pruova, col presentare il suo titolo, facendo esso fede di tutto il suo contenuto. (Art. 1319-1273); allegando una causa si presume sempre legalmente che questa causa vi sia stata; e se il debitore pretende che la sua obbligazione è senza causa, gli conviene provarlo.

La Corte di Nimes aveva annullato un' obbligazione di tal fatta, pel motivo che il creditore non ne provava la causa; ma sul ricorso, la sua decisione fu cassata, con decisione de' 9 gennajo 1822, Sirey, 1822; Dalloz, t. 20, p. 326.

Questa decisione è espressa ne' termini seguenti.

Veduto gli art. 1131-1085, 1132-1086, 1133-1087, 1134-1088.

Atteso che la causa dell' obbligazione del 15 piovoso anno VIII, è espressa nell' atto; che il convenuto non ha punto provato, e la corte reale non ha deciso che questa causa fosse falsa, o illecita; che la legge non esige punto che colui che presenta quest' obbligazione provi ch' è creditore, ed in qual modo è divenuto creditore della somma per la quale colui che l' ha sottoscritta s' è dichiarato suo debitore; che deriva da ciò, che dichiarando l' obbligazione del 15 piovoso anno VIII nulla, solo perchè l' attore non giustificava la causa del suo credito, subordinando in tal modo la validità dell' obbligazioni a condizioni che la legge non esige punto, la Corte reale di Nimes ha ecceduto nel suo potere, che perciò chiaramente violato le disposizioni dell' art. 1131-1085 e 1134-1088; per questi motivi, cassa, ec.

513. 2ª. *Ipotesi*. Se la causa espressa in un' obbligazione non è reale, e sia ciò provato dal debitore, il creditore è costretto a provare che l' obbligazione aveva una causa tacita, e qualora manchi di farlo, l' obbligazione debb' essere annullata qualmente senza causa. Pothier Trattato delle Obbligazioni, nº. 8; arresto di Cassazione del 9 giugno 1812; Dalloz t. 20, p. 329; Sirey 1812, p. 233.

514. 3ª. *Ipotesi*. Se la causa non è espressa nell' atto,

pecuniam esse versam in ejus utilitatem, leg. 1 e 2 cod. si adversus creditor. — Mothaeus in Geuypape, quist. 142. — Mantica *de ambig. convent.* t. 1, pag 490, n°. 7. — E l'art. 1312-1266.

516. Questa presunzione è talmente favorevole che, dato il caso che un minore negoziante ipotecasse i suoi beni immobili, a norma dell' art. 6 del Codice di Commercio che gli accorda questo diritto, spetterebbe al creditore provare che gl' immobili sono stati ipotecati del minore, per un fatto del suo negozio. E certamente, diceva uno degli oratori che ebber parte, nel Consiglio di stato, alla discussione dell'art. 6 (processo verbale del 4 nov. 1806), questo creditore avrà cura di procurarsi questa pruova, pigliando le necessarie precauzioni per stabilire l' origine del suo credito.

517. Nulla aggiungeremo all'esposizione de' principii suddetti; essi sono le conseguenze delle disposizioni delle leggi in fatto di pruove. Nel dubbio, ci siamo sempre attenuti all' opinione più giusta; e se, qualche volta, abbiam negato di ammettere un' offerta di pruove; se, anche perciò ci siamo esposti a lasciare impunita la frode e l' ingiustizia, è stato, in certo modo, per forza, e per fare omaggio a principii severissimi ma necessarii. La nostra discolpa sta in quella regola imperativa ed assoluta: *Dura lex, sed scripta.*

FINE DEL TOMO PRIMO.

INDICE

DE' CAPITOLI, SEZIONI, ARTICOLI E PARAGRAFI
CONTENUTI IN QUESTO PRIMO VOLUME.

FINE DELL' INDICE DEL TOM. I.